This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

given by
Friends
of the
Stanford
Law Library

AV
ABI
QH
v.3

Juristische

Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling

Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat
und Professor an der Universität Greifswald.

Dritter Band.

III

Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1905.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Juristische Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling

Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat und Professor an der Universität Greifswald.

I. Band. Gross 8°. 1894. M. 7.—.
II. Band. Gross 8°. 1898. M. 9.—.
III. Band. Gross 8°. 1905. M. 10.—.
IV. Band. In Vorbereitung.

System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Von

Dr. **Carl Crome**

Professor an der Universität Bonn.

Erster Band:

Einleitung und allgemeiner Teil.

8°. 1900. M. 11.50. Gebunden Mk. 13.75.

Zweiter Band:

Recht der Schuldverhältnisse.

8°. 1902. M. 21.25. in Halbfranz gebunden. M. 23.75.

(Geheftet in zwei Hälften, gebunden nur komplett. Einzelne Hälften des zweiten Bandes werden nicht abgegeben.)

Dritter Band:

Güterrecht.

Unter der Presse. Erscheint im Herbst 1905.

Jeder Band enthält ein ausführliches Quellen- und Sachregister.

Band 4 und 5 in Vorbereitung.

Juristische Prinzipienlehre.

Dritter Band.

Juristische

Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling

Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat
und Professor an der Universität Greifswald.

Dritter Band.

Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1905.

Das Recht der Übersetzung in fremde Sprachen
ist vorbehalten.

Druck von Richard Menzel Nachf. in Zittau.

Inhalt.

Drittes Buch.

Störung und Bewährung des Rechts.

Erster Abschnitt.

Einleitung und Überblick.

§ 30. Seite

Das Verhältnis von Rechtsbewährung und Unrecht im allgemeinen. — Die Rechtsbewährung im weiteren und im engeren Sinne; das Unrecht als Voraussetzung der letzteren (1). Vorläufige Analyse des Unrechts-Begriffs (2). Plan der folgenden Darstellung (3) 3

Zweiter Abschnitt.

Das Rein-Tatsächliche am Unrecht.

§ 31.

Begriffsbestimmung und Hauptgesichtspunkte. — Charakteristik des Rein-Tatsächlichen im Gegensatze zum Begriff des Tatbestandes (1). Vergleich mit den Begriffen „Handlung" und „Tat" (2). Aufgabe der weiteren Ausführung (3) 16

§ 32.

Tun und Unterlassen. — Begriff des Tuns (1). Begriff des Unterlassens (2). Nachweis, dass alles Unrecht nur in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann (3) 21

§ 33.

Nähere Bestimmung des Tuns und Unterlassens vom objektiven Standpunkte aus. — Zwiefache Möglichkeit: Bestimmung entweder nach dem äussern menschlichen Verhalten an sich oder nach den dadurch herbeigeführten Folgen (1, 2). Genauere Formulierung der Frage nach dem Kausalzusammenhange unter vorläufiger Beschränkung auf das kausale Tun (3). Blick auf die verschiedenen Kausalitätstheorien; Verneinung der Einheitlichkeit des Ursachenbegriffs; Notwendigkeit, den juristischen Begriff der Verursachung aus dem positiven Rechte bezw. aus den Anschauungen des praktischen Lebens zu entnehmen (4). Die zwei Wurzeln des praktisch-juristischen Ursachenbegriffs (5). Nachweis der Konsequenzen derselben im positiven Recht: Die Körperbewegung als quasi-schöpferischer Akt (6); die „kausale" Beziehung zwischen dem Tun eines Menschen und gewissen seelischen Folge-Vorgängen bei einem andern Menschen (7); Bestimmung des Endpunktes des durch die Körperbewegung bedingten Wirkens nach der regelmässigen Fähigkeit des menschlichen Verstandes, die Folgen voraus zu berechnen (8—11); Quasi-Kausalität bei pflichtwidrigen Unterlassungen (12—15). Rekapitulation (16) 29

§ 34. Seite

Nähere Bestimmung des Tuns und Unterlassens vom subjektiven Standpunkte aus. — Notwendigkeit scharfer Scheidung zwischen bewusstem und gewolltem, unbewusstem und ungewolltem Tun und Unterlassen (1). Wesentliche Merkmale des bewussten Tuns und Unterlassens (2). Unterschiede und Abstufungen innerhalb desselben (3). Begriff des gewollten Tuns und Unterlassens (4). Widerlegung der Ansicht, dass nur die eigenen Körperbewegungen, nicht die dadurch vermittelten weiteren Folgen als wahrhaft gewollt zu bezeichnen seien (5). Unterscheidungen innerhalb des gewollten Verhaltens: Verschiedenheit der Motive und der Intensität, bedingungsloses und bedingtes Wollen (6). Gewolltes, aber unbewusstes Tun und Unterlassen (7). Bewusstes, aber nicht-gewolltes Tun und Unterlassen (8) 91

§ 35.

Weitere Unterscheidungen innerhalb des gewollten Tuns. — Vorbemerkung über einiges den nachfolgenden Unterscheidungen Gemeinsame (1). Vollendung und Versuch, Versuchs- und Vorbereitungshandlungen (2). Handlungs-Einheit und Handlungs-Mehrheit (3). Verschiedenartigkeit der Beteiligung mehrerer Personen an Einer Handlung (4) 123

§ 36.

Nähere Bestimmung des Tuns und Unterlassens nach Ort und Zeit. — Natürliche und künstliche Orts- und Zeitbestimmung; allgemeine Bedeutung dieser Unterscheidung (1). Speziellere Darlegung bezüglich der Zeit- und Ortsbestimmung je für sich (2, 3). Exkurs über die einschlagenden Vorschriften unsers heutigen deutschen Strafrechts (4). — Rückblick auf die Resultate der in den §§ 31—36 gepflogenen Erörterungen, insbesondere deren Bedeutung oder Bedeutungslosigkeit für die juristische Prinzipienlehre (5) 154

Dritter Abschnitt.

Genauere Bestimmung des Unrechts im weiteren Sinne unter dem Gesichtspunkte der Rechtswidrigkeit.

§ 37.

Alles rechtswidrige Verhalten lässt sich dreifach charakterisieren: als Rechts-Übertretung, als Rechts-Verletzung, als Rechts-Störung. — Anknüpfung an § 30 (1). Begriff der Übertretung. Zurückweisung der Meinung, dass zur Normen-Übertretung notwendig ein gewolltes Zuwiderhandeln und demnach stets ein zurechnungsfähiges Subjekt gehöre (2). Bedeutung des Wortes „Rechtsverletzung". Nachweis, dass jede Rechts-Übertretung auch eine Rechts- und Pflichtverletzung in sich schliesst und dass umgekehrt jede Rechts- und Pflichtverletzung eine Rechtsnormen-Übertretung voraussetzt (3). Das Unrecht als Störung des Rechtsverhältnisses bezw. der Rechtsordnung (4) 170

§ 38. Seite

Nicht Unrecht ist das Zuwiderhandeln wider Rechtsnormen, deren verbindliche Kraft im gegebenen Falle durch eine andere Rechtsnorm aufgehoben oder doch entsprechend beschränkt erscheint. — Einleitende Bemerkungen über Unrecht und Unrechtsfolgen überhaupt, strafbares und nicht strafbares Unrecht, Strafaufhebungs- und Strafausschliessungsgründe im weiteren Sinne (1). Anleitung, aus den Strafausschliessungsgründen im weiteren Sinne die eine Ausschliessung der Rechtswidrigkeit selbst begründenden (im Gegensatze zu den blossen Schuld- und Strafausschliessungsgründen im engeren Sinne) auszuscheiden (2), als nämlich: gebietende (3) und erlaubende Sondernormen (4). Kongruenz von Normen-Übertretung und Rechtsverletzung oder vielmehr Nichtvorhandensein beider auch in diesen Ausnahmefällen (5) 189

§ 39.

Verschiedene Arten des Unrechts. — Gesichtspunkte für die Unterscheidung und Systematik: Mannigfaltigkeit der positiven Rechte und mehrfache Beziehung derselben untereinander (1); Differenzierung der Unrechts-Subjekte (2) und Unrechts-Objekte (3—6) 215

Vierter Abschnitt.

Die Schuld als Wesensmoment des Unrechts im engeren Sinne.

§ 40.

Begriff der Schuld. — Wesen der Schuldzurechnung (1). Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht notwendige Arten, sondern nur positiv-rechtliche Voraussetzungen der Schuld (2). Das Prinzip der reinen Erfolgshaftung kein Gegensatz, sondern eine primitive Form der Schuldzurechnung (3). Zusammenfassung der Resultate der vorausgehenden Erörterungen (4) . . 237

§ 41.

Die Zurechnungsfähigkeit als oberste Voraussetzung der Schuld. — Begriff der Zurechnungsfähigkeit (1). Notwendigkeit, die Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit im einzelnen aus dem positiven Rechte zu entnehmen (2). Stellung der positiven Rechte zur Frage der Willensfreiheit (3). Zurückweisung der verschiedenen Einwendungen, welche gegen die Willensfreiheit erhoben zu werden pflegen (4—7). Voraussetzung der Fähigkeit, die Folgen der eigenen Handlung (8), sowie deren Rechtswidrigkeit zu erkennen (9). Der Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit (10) . 251

§ 42.

Übergang zu den Gründen der Schuldzurechnung. — Schuldzurechnung im weiteren (materiellen) und im engeren (formellen) Sinne (1). Rechtsbildung und Rechtsanwendung (2). Art und Maass der Schuld (3). — I. Inhalt und Wert einerseits der übertretenen Rechtsnormen, anderseits der verletzten Rechtsansprüche, insbesondere der durch die rechtswidrige

Seite

Handlung betroffenen konkreten Objekte (4). — II. Die verschiedenartige äussere Gestaltung des rechtswidrigen Tuns und Unterlassens; Bedeutung des Erfolgs. Übergang zu III durch Verweisung auf § 43 (5). 288

§ 43.

Gründe der Schuldzurechnung (Fortsetzung): III. Die innere Stellung des Handelnden zu seiner Tat. — Der Erfolg als Ausdruck der inneren Stellung des Täters (1). Beginnende Differenzierung zwischen innerem und äusserem Verhalten: Unterscheidung zwischen schuldhaftem und nichtschuldhaftem Unrecht überhaupt (2). Doloses und culposes Unrecht, insbesondere Erörterungen über den Dolus eventualis und über das Wesen der Fahrlässigkeitsschuld (3, 4, 5). Berücksichtigung des Irrtums (6). Berücksichtigung der Motive, sowie der allgemeinen Gesinnung des Täters (7). Anerkennung der Schuldbarkeit des Versuchs oder sogar blosser Vorbereitungshandlungen (8). Verschiedenartige Behandlung mehrerer Teilnehmer an demselben Verbrechen (9) 297

Fünfter Abschnitt.

Die Geltungsbewährung des Rechts wider das Unrecht.

§ 44.

Rechtsbewährung im engeren Sinne ist die durch eigentümliche sekundäre Rechtsnormen geregelte Bekämpfung des Unrechts. — Wiederholte Betonung des Unterschieds von der Rechtsbewährung im weiteren Sinne, sowie von allen rechtlichen Zwangsveranstaltungen gegen Erscheinungen, die nicht als Unrecht anzusehen sind; Unterschied von andern Arten der Unrechtsbekämpfung (1). Ihre zureichende Grundlage findet auch die Rechtsbewährung im engeren Sinne schliesslich nur in der mehr oder weniger freiwilligen Anerkennung und Beobachtung des Rechts, hier speziell der die Bekämpfung des Unrechts regelnden sekundären Rechtsnormen (2) 346

§ 45.

Nach der Verschiedenheit der Subjekte, denen die Bekämpfung des Unrechts obliegt, unterscheiden wir drei Formen der Rechtsbewährung im engeren Sinne: Geltendmachung des Rechts durch die speziell Berechtigten (1); Genossenhülfe (2); Eingreifen einer obrigkeitlichen Gewalt (3) 350

§ 46.

Nach Inhalt oder Zweck unterscheiden wir innerhalb der Rechtsbewährung im engeren Sinne: einerseits Präventivmaassregeln (1), und zwar teils generelle (2), teils spezielle (3); anderseits Repressivmaassregeln (4) in Gestalt von Erfüllungszwang (5), Ersatzzwang (6) und Satisfaktionszwang, insbesondere Strafe (7, 8) 362

Drittes Buch.

Störung und Bewährung des Rechts.

Erster Abschnitt.

Einleitung und Überblick.

§ 30.

Die Aufgabe alles Rechts, sich als geltend zu bewähren, würde ihre natürlichste und befriedigendste Lösung in der gleichmässigen genauen Beobachtung aller primären Rechtsnormen seitens der gesamten Rechtsgenossen finden.

Diesem Ideale des Rechtslebens entspricht indessen das wirkliche Zusammenleben der Menschen in den verschiedenen Rechtgemeinschaften, zumal in so umfassenden und vielseitigen, wie den Staaten, nur in sehr unvollkommener Weise; neben dem korrekten, den Rechtsnormen entsprechenden äusseren Verhalten der überwiegenden Mehrheit — wenigstens für die Regel — steht überall in grösserem oder geringerem Maasse das Unrecht, d. h. das rechtswidrige äussere Verhalten von Menschen zu Menschen.

Einzig und allein in der Tatsache des Unrechts und der daraus sich ergebenden Schädigung teils der besonderen Interessen der davon betroffenen Einzelnen, teils auch der ganzen Rechtsgemeinschaft, nicht zum mindesten des Ansehens des Rechtes selbst, liegt der Grund für eine Reihe sekundärer Veranstaltungen des Rechts, die wir unter dem Begriffe der „Rechtsbewährung im engern Sinne“ zusammenfassen.

1. Alles Recht hat die Tendenz, sich als geltend, d. h. eben als Recht zu bewähren. Diese Tendenz liegt unmittelbar im Begriffe des Rechts oder vielmehr schon in dem nächsthöheren Gattungsbegriffe der Norm: eine Norm, die nicht Beobachtung forderte, wäre Contradictio in adjecto. Und wenn es erlaubt ist, den eigentümlichen, rein geistigen Druck, den hiernach jede Norm

auf die Willensentschliessungen ihrer Adressaten ausüben will, als einen „Zwang" zu bezeichnen, so ist gegen die Behauptung, dass „Zwang" eine wesentliche Eigenschaft alles Rechtes sei, an und für sich — abgesehen von der Vieldeutigkeit des Wortes — kaum etwas einzuwenden.[1])

Versteht man dagegen unter „Zwang" die Anwendung physischer Gewalt oder die Androhung und Zufügung sonstwelcher Nachteile, sei es, um das Gewicht der primären Normen zu verstärken oder an Stelle der nicht zu erlangenden Befolgung wenigstens ein Surrogat zu schaffen, sei es, um ausschliesslich das Ansehen des Rechts als solchen zu wahren —, so stellt sich das „Zwangsmoment", wie wir bereits wiederholt (Bd. I, S. 49 ff., Bd. II, S. 349 ff., Anm. 6, und Kritik I, S. 140 ff.) nachgewiesen haben, immer nur als eine sekundäre Erscheinung, nie und nirgends als notwendiges Merkmal des Rechts dar. Einmal gibt es Rechtsnormen, für die es überhaupt an jedem Zwange der letzteren Art

---

[1]) Wenn Hold v. Ferneck (Die Rechtswidrigkeit, Jena 1902, S. 77) mir vorwirft, dass ich „die objektive Seite der (auch im Recht wirksamen) ethischen Mächte übersehe", indem ich den durch sie geübten Zwang ausser acht lasse, so hat er meine früheren Ausführungen, auf die er Bezug nimmt, vollständig missverstanden. Es ist mir nie eingefallen, die Bedeutung der „ethischen Mächte", des „Rechtsbewusstseins", ja, selbst der rein „tatsächlichen Machtverhältnisse" für die Geltung bezw. Beobachtung des Rechts bestreiten oder auch nur als gering hinstellen zu wollen; im Gegenteil, ich habe oft genug gerade auf diese rein innerlichen „Zwangsmomente" und ihre Wichtigkeit für den Bestand des Rechts hingewiesen, gebe auch ausdrücklich zu, dass ohne jeden solchen Zwang überhaupt keine Norm, also auch keine Rechtsnorm denkbar ist. Allein ebendarum vermag ich darin nicht ein charakteristisches Merkmal des Rechts — im Unterschiede von den Normen der Religion, Moral, Sitte — zu erkennen; und damit dürfte wohl auch Hold v. Ferneck einverstanden sein. Freilich in anderer Beziehung befinde ich mich im entschiedensten Gegensatze zu ihm. Einmal ist es meines Erachtens mit einem natürlichen, gesunden Sprachgebrauche nicht vereinbar, wenn man alle jene verschiedenen Zwangsmomente unter den Begriff der „Sanktion" oder „Zwangsdrohung" bringen will; mit demselben Rechte würde man den Blitzschlag, durch den gelegentlich ein Rheumatiker von seinem Übel befreit, oder die ungewöhnliche Gemütserregung, durch die ein Nervöser kuriert wird, als besondere Klassen von Heilmitteln registrieren können. Anderseits bin ich — und damit berühre ich die prinzipielle Scheidewand zwischen uns, von welcher erst später (§ 41) näher zu handeln ist — Indeterminist.

fehlt; man denke an die Regentenpflichten des Monarchen, sowie an die zahlreichen Wahl- und Stimmpflichten teils der gesamten Staatsbürger und Kirchenglieder, teils der Mitglieder der meisten politischen, kommunalen, kirchlichen und sonstigen sozialen Vertretungskörper. Anderseits erscheint auch da, wo einer Rechtsnorm die Befolgung oder doch eventuell eine Ausgleichung oder Bestrafung wegen Nichtbefolgung durch besondere Zwangsmaassregeln gesichert ist, die Anwendung dieser Maassregeln niemals als ein selbständiger Rechtszweck. Die gesichertste Rechtsgemeinschaft wäre diejenige, in welcher jeder derartige Zwangsapparat als überflüssig sich erwiese; denn die natürlichste und beste Rechtsbewährung bleibt immer jene freiwillige Beobachtung der primären Normen, worin sich die stille, aber wirksame Macht des Rechts über die Gemüter der Rechtsgenossen unmittelbar offenbart.

Mit andern Worten: Alles, was wir als Arten oder Formen der Rechtsbewährung im engern Sinne aufzufassen gewohnt sind, ist schlechterdings nur ein Notbehelf oder, richtiger gesagt, ein System von Notbehelfen. Aber freilich ein erfahrungsgemäss unentbehrliches für jede entwickeltere Rechtsgemeinschaft. Denn tatsächlich ist eben die Welt des Rechts zugleich eine Welt voll Unrecht. Die Forderungen des Rechts finden wohl bei der Mehrzahl der Rechtsgenossen und in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle diejenige äussere Beachtung, die sie allein verlangen; aber neben dem recht- und pflichtmässigen steht oft genug ein rechtswidriges äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen. Das köstliche Gut der Freiheit, ohne das die Anerkennung und Befolgung irgendwelcher Normen gar keinen ethischen Wert haben würde, bietet doch zugleich jedem die Möglichkeit, trotz der Anerkennung der verpflichtenden Kraft des Rechts im allgemeinen dennoch im einzelnen Falle mit vollem Bewusstsein sich gegen dessen Gebote zu entscheiden. Mag auch der hierin liegende logische Widerspruch dem Handelnden selbst als eine Störung der Harmonie seines Geisteslebens sich mehr oder minder fühlbar machen, er ist darum doch nicht behindert, immer wieder von neuem in diesen Widerspruch einzutreten. Und wie zahllos sind vollends die Fälle, in denen der Widerspruch zwischen dem Recht und dem eigenen Verhalten sich dem Bewusstsein des Handelnden ganz oder doch

teilweise entzieht! Je verschiedener aber das Urteil über das Unrecht lauten mag, bald mit Rücksicht auf die soeben berührten Unterschiede im Bewusstsein der Handelnden, bald im Hinblick auf den noch viel verschiedeneren Wert der übertretenen Rechtsnormen, um so mannigfaltiger muss sich auch das Bedürfnis und die entsprechende Art der Rechtsbewährung gestalten.

Anderseits ist mit dem Begriffe des Unrechts — als dem Grunde aller Rechtsbewährung im engern Sinne — zugleich die genauere Begrenzung des letztern Begriffs gegeben. Es ist vielleicht nicht ganz überflüssig, diesen Punkt von vornherein etwas eingehender zu erörtern.

2. Wir haben oben bereits das Unrecht kurz definiert als „das rechtswidrige äussere Verhalten von Menschen zu Menschen". In dieser Begriffsbestimmung sind eine Reihe von Gedanken beschlossen, über welche nahezu volle Übereinstimmung innerhalb der Wissenschaft herrscht, und die wir daher unmittelbar zur Grundlage für Schlussfolgerungen auch auf den Umfang der Rechtsbewährung machen können.

Zuvörderst kann es keinem Zweifel unterliegen, dass „Unrecht" unter allen Umständen ein sehr viel engerer Begriff ist, als „Nicht-Recht". Wohl kann man sagen, dass alles Unrecht notwendig auch Nicht-Recht ist. Aber man darf diesen Satz keinesfalls umkehren; es gibt zahllose Formen von Nicht-Recht, bei denen von Unrecht schlechterdings nicht die Rede sein kann. Zur Begründung dürfen wir uns schon auf die Wortbildung „Unrecht" und den allgemeinen Sprachgebrauch berufen. Die Vorsilbe „un" drückt hier, wie in zahlreichen andern Fällen, nicht bloss eine einfache Verneinung, sondern einen konträren Gegensatz aus. Unrecht ist daher nicht alles, was nicht Recht ist, sondern ausschliesslich das, was im Gegensatz, im Widerspruch steht zum Recht.

Gehen wir nun zurück auf unsern Rechtsbegriff und insbesondere auf die Tatsache, dass als Zweck alles Rechts immer und überall nur „ein äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen" erscheint (§ 3, Nr. 2, Bd. I, S. 21 f.), so kann zunächst immer bloss ein Verhalten von Menschen als Unrecht, d. h. als irgend einem Rechte widersprechend in Betracht kommen. Denn jedes Verhalten von Nicht-Menschen ist als solches rechtlich völlig

irrelevant; es ist weder dem Rechtszwecke entsprechend, noch ihm entgegen. So wenig man die günstigen Wirkungen der Sonne oder des Regens auf das Gedeihen von Menschen oder andern organischen Wesen als etwas Rechtmässiges charakterisieren kann, so wenig betrachtet man die Verwüstungen eines Erdbebens oder Sturmes als etwas Rechtswidriges. Genau ebenso steht es nach unserer heutigen Auffassung mit dem Verhalten von Tieren. In Wahrheit gibt es — mindestens auf dem Boden aller modernen Rechte — kein Rechtsgebot für Tiere und deshalb auch kein von Tieren verübtes Unrecht. Und ebendarum fallen etwaige Veranstaltungen des Rechts zum Schutze gegen schädliche Tiere oder zur Vernichtung kranker Tiere aus hygienischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht unter den Gesichtspunkt der Rechtsbewährung, sondern ganz so unter den von Wohlfahrtseinrichtungen, wie ähnliche Veranstaltungen gegen Feuersgefahr, Überschwemmungen und dergl. mehr.[2])

[2]) Nur ganz vereinzelt tritt uns die Meinung entgegen, dass auch nach unserm heutigen Recht ein von Tieren oder gar von leblosen Sachen begangenes Unrecht anzunehmen sei; so insbesondere neuerdings bei A. Löffler in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 21, S. 545—565. Die Annahme beruht regelmässig auf einer unklaren Vorstellung vom Wesen des Rechts. Was in dieser Beziehung gegen die Theorie der „Missbilligung" zu sagen ist, die mindestens der Sache nach auch von Löffler vertreten wird, — gelegentlich braucht er auch geradezu diesen Ausdruck, z. B. S. 557 — s. unten § 37, Nr. 2, Anm. 8; desgleichen über die Unmöglichkeit, von einem Willen des Rechts, dass „etwas sein solle" zu reden, ohne diesen Willen zugleich als eine Forderung an lebende, zur Ausführung desselben berufene Wesen zu denken, ebendaselbst Anm. 10. Hier wollen wir nur fragen: Woraus entnimmt L., dass das positive Recht irgend etwas missbilligt oder „nicht will"? Seine eigene Antwort lautet: „Kenntlich ist das Unrecht daran, dass es von der Rechtsordnung durch verschiedene Mittel — die Unrechtsfolgen — bekämpft wird: Bedrohung mit Strafe, mit Schadenersatzpflicht, direktes Einschreiten der Gerichts- und Verwaltungsbehörden, und Gestattung der eigenmächtigen Abwehr, der Notwehr." Diese Antwort ist auf der einen Seite offenbar zu eng: Es gibt, wie ich schon öfters betont habe, zahlreiche Rechtspflichten, an deren Verletzung, obgleich darin zweifellos ein Widerspruch mit der Rechtsordnung vorliegt, dennoch keine jener „Unrechtsfolgen" geknüpft ist. Auf der andern Seite lautet die Antwort zu weit, sofern die meisten der genannten Folgen, wie L. selbst zugibt, auch in Fällen eintreten, wo sicherlich kein Unrecht in Frage steht. Insbesondere aber gilt dies auch von der Unrechtsfolge, die L.

Fraglicher mag es auf den ersten Blick erscheinen, ob aus dem angeführten Zwecke alles Rechts weiter zu folgern ist, dass nur ein Verhalten von Menschen zu andern Menschen Unrecht sein könne. Ja, es ist sogar unbedenklich zuzugeben, dass es in ausgedehntestem Maasse Unrecht gibt, das sich der oberflächlichen Beobachtung kurzweg als ein rechtswidriges Verhalten gegenüber von Tieren oder leblosen Sachen darstellt. Allein bei näherer Erwägung beruht doch in allen solchen Fällen die Rechtswidrigkeit

---

als „die allgemeinste und charakteristischste Rechtsfolge des Unrechts" ansieht: von der „grundsätzlichen Zulässigkeit der eigenmächtigen Abwehr". In Wahrheit ist gerade die eigenmächtige, d. h. mit eigenen Machtmitteln bewirkte Abwehr an und für sich etwas, was seine Rechtfertigung in sich selbst trägt, ohne dass es hierzu besonderer Erlaubnis durch positive Rechtsnormen bedürfte. In keinem Rechte findet sich ein schlechthin allgemeines Verbot eigenmächtiger Abwehr, das für alle Fälle zulässiger Abwehr erst ausdrücklich aufgehoben werden müsste. Grundsätzlich zulässig ist vielmehr jede eigenmächtige Abwehr, — und zwar schlechtweg in Bezug auf alles, was uns nicht behagt, — soweit sie sich nicht in Widerspruch setzt mit irgendwelchen rechtlichen Normen bezw. mit bestimmten Rechtsansprüchen anderer Personen. Kann es nun aber hiernach keinem Zweifel unterliegen, dass in zahlreichen Fällen der Abwehr, — z. B. bei Abwehr eines fallenden Steines oder Baumastes, oder des Regens mittels Regenschirmes, des Blitzes mittels Blitzableiters, — von einer Unrechtsfolge nicht gesprochen werden kann, so ist auch nicht abzusehen, warum nicht unter Umständen das Recht eine — abstrakt genommen rechtsverletzende — Abwehr unter gewissen Umständen auch ohne vorausgegangenes Unrecht oder wenigstens ohne direkte Beziehung auf dasselbe sollte gestatten können. In der Tat kennt unser positives Recht solche Fälle: alle Arten des wahren Notstandes (B. G. B. 228) gehören hierher, sofern nicht der Notstand durch menschliche Tätigkeit herbeigeführt ist. Freilich, wenn man Unrecht mit Nicht-Recht identifizieren will, so mag man allenfalls mit L. auch in solchen Fällen von einem Unrecht reden. Nur sollte man sich dann nicht darüber täuschen, dass eine solche Verwendung des Ausdrucks, ebenso wie das Reden von einem „Angriff" der Naturgewalten, von einem „Angriff" der mit ihren Funken ein Nachbarhaus in Brand setzenden Lokomotive usw. dem allgemeinen Sprachgebrauche geradezu ins Gesicht schlägt. Nach alledem bleibt also als einzige Unrechtsfolge, die immer nur als solche vorkommen kann, von den oben genannten nur die Strafe übrig. Wo wirklich ein Recht Strafen an Tieren kennt, wie manche Rechte des Mittelalters, oder gar an leblosen Sachen, wie manche wilde Völkerschaften sie gelegentlich an ihren Fetischen vollziehen, da wird sich nicht leugnen lassen, dass solchen Erscheinungen in der Tat die Anschauung von einem begangenen Unrecht zu Grunde liegt. Wie dies zu erklären, wird später (in § 37, Nr. 2 und in § 40,

und demgemäss auch die dadurch hervorgerufene Reaktion des Rechts ausschliesslich darauf, dass das Verhalten gegen Tier oder Sache gleichzeitig gegen Menschen oder, genauer gesagt, wider deren Rechtsansprüche an dem unmittelbar betroffenen Objekte sich richtet. Wo dem Verhalten die letztere Richtung gänzlich fehlt, da fehlt auch stets der Charakter der Rechtswidrigkeit und entsprechend auch das Bedürfnis zur Rechtsbewährung. An herrenlosen Sachen z. B. ist im allgemeinen ein Unrecht einfach unmöglich; es sei denn, dass durch das Gebaren mit der herrenlosen Sache auch irgendwie andern Menschen Schaden bereitet oder wenigstens Anstoss gegeben würde. In dem letzterwähnten Ausnahmefalle ist es natürlich wieder bloss die besondere Beziehung auf andere Menschen, welche das fragliche Gebaren zum rechtswidrigen und die etwaige Reaktion hiergegen zu einer Art von Rechtsbewährung macht.[3])

Aus den vorstehenden Bemerkungen folgt zugleich, dass auch niemand ein Unrecht gegen sich selbst begehen kann. Wenn das Gesetz ein gewisses Gebaren am eigenen Leibe oder an eigener Sache mit Strafe bedroht und demnach als Unrecht voraussetzt, so liegt der wahre Grund stets in einer dadurch bedingten

---

Nr. 3) kurz zu erörtern sein. Für unsere gegenwärtige Untersuchung genügt die Feststellung, dass unsern heutigen Rechten derartige Strafen völlig fremd sind. Der gegen die Beweiskraft dieser Tatsache gerichtete Einwand Löfflers (S. 557, Anm. 44), dass wir nur darum nicht, wie im Mittelalter, gegen Tiere und leblose Sachen Prozesse führten, weil solche „keine persona standi in judicio" hätten, bedarf wohl keiner besonderen Widerlegung; er erinnert doch zu stark an die bekannte Behauptung Rubos, dass der eine Hinrichtung vollziehende Scharfrichter nur darum nicht wegen Mordes bestraft werde, weil sich kein Staatsanwalt zur Erhebung der Klage bereit finde.

[3]) Man denke z. B. an Rechtsnormen, die dem Schutze gewisser nützlicher Tiere, wie etwa der Singvögel, zu dienen bestimmt sind. Die Strafen, die hier auf den Abschuss usw. gesetzt sind, müssen natürlich auch als Akte der Rechtsbewährung angesehen werden. Allein immer nur darum, weil und soweit ein solches Verhalten zugleich als ein von dem Strafe androhenden Rechte verbotenes und demgemäss als ein Unrecht zum mindesten gegenüber dem verbietenden Subjekte erscheint. Übrigens lehrt eine nähere Betrachtung regelmässig, dass dieses Verbot auch in Wahrheit im Interesse von Menschen, nicht — oder wenigstens nicht ausschliesslich — im Interesse der geschützten Tiere erlassen ist.

Schädigung oder Gefährdung oder auch nur Verletzung des Gefühls anderer Menschen, — sei es einzelner bestimmter Personen, sei es der ganzen bürgerlichen Gesellschaft oder einer beschränkteren Rechtsgemeinschaft. So ist die Selbstverstümmelung Unrecht, weil und soweit sie Rechtsansprüche Dritter, insbesondere die Forderung des Staates auf Leistung der Militärdienstpflicht verletzt; so die Brandstiftung an eigner Sache, sofern sie eine Gefährdung fremden Eigentums oder auch der Rechte anderer an der Sache selbst in sich schliesst; so die Tierquälerei, am eignen Tiere verübt, nicht bloss gegenüber etwaigen besonderen Ansprüchen anderer am Tiere, sondern auch schon wegen des dadurch für andere hervorgerufenen Ärgernisses. Wo dagegen jede derartige Beziehung auf andere Menschen fehlt, da erscheint auch die unsittlichste Handlung, die der Mensch an sich selbst oder an eigner Sache vornimmt, schlechterdings nicht als Unrecht.[4])

Wesentlich das Gleiche gilt von dem Verhalten der Menschen gegen Gott. Man mag eine Handlung noch so allgemein als irreligiös anerkennen, als Unrecht ist sie darum allein nicht zu prädizieren. Dass die katholische Kirche — von nichtchristlichen Religionsgesellschaften zu geschweigen — zahlreiche Religionsdelikte kennt, beweist abermals nur, dass hier Handlungen, die in erster Linie als Übertretungen göttlicher Gebote sich darstellen, gleichzeitig auch als Ungehorsam wider die kirchliche Rechtsgemeinschaft, also wider eine Gemeinschaft von Menschen aufgefasst werden. Auch die Bestrafung der Gotteslästerung in unserm heutigen deutschen Strafrecht — im ausgesprochenen Unterschiede von der Beschimpfung kirchlicher Einrichtungen — deutet nicht auf die Annahme eines Unrechts, das sich nicht gegen Menschen richtete,

---

[4]) Und ebendarum gibt es auch keine Rechtsbewährung gegen solche. Auch die Selbstmordstrafen, wie sie manches frühere Recht und auch heute noch die katholische Kirche kennt, bezeichnen keine Ausnahme hiervon; sie beweisen vielmehr nur, dass die betreffenden Rechtsgemeinschaften im Selbstmorde auch ein Vergehen gegen die Gesamtheit erblicken. Anderseits versteht sich von selbst, dass mancherlei andere Veranstaltungen des Rechts auch gegenüber nicht-rechtswidrigen Handlungen denkbar sind: vor allem geordnete Belehrung über die Forderungen der Sittlichkeit, über die Schädlichkeit gewisser Arten des Verhaltens für Leib und Seele und dergl. mehr.

sondern vielmehr daraufhin, dass der Gesetzgeber darin zugleich einen Angriff auf die bürgerliche Gesellschaft erblickt.

Das Verhalten von Menschen zu Menschen muss endlich auch ein äusseres Verhalten sein; ein rein innerliches Verhalten ist als solches noch nicht Unrecht. Damit soll selbstverständlich nicht geleugnet werden, dass auch schon eine blosse Absicht, etwas zu tun oder zu unterlassen, rechtswidrig sein, d. h. im Widerspruch mit dem Rechte stehen kann. Ja, wir können allenfalls auch von einer „unrechten" Absicht in solchem Falle reden. Aber das Substantivum „Unrecht" pflegen wir nur zu gebrauchen, wo es sich um ein gewisses äusseres Verhalten handelt, das im Gegensatz steht zum Recht. Nur darf man den Ausdruck „äusseres Verhalten" nicht gar zu eng fassen. Insbesondere ist nicht zu übersehen, dass auch ein wesentlich negatives Verhalten unter diesen Begriff fallen kann, sofern es irgendwie für andere Menschen in die Erscheinung tritt. Genauer betrachtet, besteht sogar die Übertretung jedes streng positiven Gebotes als solchen immer nur in einem negativen Verhalten, nämlich in der Unterlassung der gebotenen Handlung. Wer den festen Entschluss fasst, ein Gebot zu übertreten, also beispielsweise die ihm gesetzmässig obliegenden Steuern nicht zu zahlen oder eine Schuldverbindlichkeit nicht zu erfüllen, der bewegt sich zwar zweifellos bereits in rechtswidrigen Gedanken, aber ein Unrecht im Rechtsinn begeht er jedenfalls erst, wenn er den für die Erfüllung bestimmten Termin verstreichen lässt, ohne zu leisten, wozu er verpflichtet war. Zahlt er schliesslich doch noch rechtzeitig, wenn auch ganz entgegen seinem früheren Entschlusse, so hat er schlechterdings kein Unrecht im juristischen Sinne begangen, mag auch sein Innenleben noch so lange ein rechtswidriges gewesen sein.[5])

[5]) Es soll nicht geleugnet werden, dass die vorstehenden Bemerkungen eine gewisse Korrektur meiner früheren Ausführungen — Kritik I, S. 147 und 154 ff. — enthalten, sofern in diesen die Normwidrigkeit des blossen Wollens von der Norm-Übertretung, die wir allein als Unrecht bezeichnen, nicht scharf genug geschieden worden war. Ich will darum auch den Angriff, den neuerdings Höpfner (Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Berlin 1901, S. 181 f., Anm. 5) gegen letztere unternommen hat, für nicht ganz unbegründet erklären, obgleich er die jetzt von mir vorgenommene Korrektur schon aus Bd. I, S. 22 des gegenwärtigen Werkes hätte entnehmen können. Dagegen

Noch mehr. Während wir alles rechtswidrige Denken und Wollen eines Menschen, sofern oder solange es ein rein innerliches blieb, noch nicht „Unrecht" nennen, sondern höchstens als eine wichtige Vorstufe des Unrechts berücksichtigen, setzt unsere Definition umgekehrt voraus, dass sogar ein bloss äusseres Verhalten von Menschen gegen Menschen rechtwidrig sein und demgemäss als Unrecht im weiteren Sinne prädiziert werden könne. Damit dürfte allerdings der Punkt bezeichnet sein, an welchen sich wohl der grösste Widerspruch gegen unsere Definition knüpfen wird. Indessen muss ich schon hier offen bekennen, dass ich in dem lebhaften Streite, der sich seit einigen Jahrzehnten darüber erhoben hat, ob es nur verschuldetes Unrecht oder auch unverschuldetes Unrecht gebe, und was etwa alles unter dem letzteren noch zu begreifen sei, in der Hauptsache bloss einen ziemlich

muss ich ihm den Vorwurf machen, dass seine bezüglichen Einwendungen in der umgekehrten Richtung viel zu weit gehen. Höpfner behauptet nämlich: Das Verbot einer Handlung schliesse keineswegs notwendig auch das Verbot der blossen Entschliessung in sich; es würde „wohl ein logischer Widerspruch sein, wenn das Gesetz das Handeln verböte, aber das Handelnwollen geböte; aber es könne letzterem indifferent gegenüberstehen". Hier liegt die Frage nahe: An wen denkt sich denn eigentlich Höpfner die Rechtsnormen, die er selbst ausdrücklich als Imperative anerkennt, gerichtet? Direkt an die äusseren Körperorgane sicherlich nicht. Wahrer Adressat ist also doch schliesslich immer nur der Innenmensch und zwar speziell als wollendes Wesen. Denn ohne die Voraussetzung eines Willens ist überhaupt keine wahre Handlung denkbar. Also auch kein Befehl zu handeln, ohne zugleich einen entsprechenden Willen — zum mindesten als einen möglichen — vorauszusetzen. Und zwar gilt dies nicht bloss für positive Gebote, für welche es selbst H. — wenngleich nur widerwillig und mit seltsamer Verklausulierung — nachträglich (S. 133) zugesteht, sondern nicht minder für alle Verbote: sie alle wirken nur, indem sie durch den Willen, d. h. zunächst auf den Willen wirken. Ist dem aber so, dann kann es auch nicht völlig gleichgültig für das Recht sein, dass sich Einklang und Widerspruch mit den Normen des Rechts schon innerhalb des blossen Wollens konstatieren lassen. So gewiss der Einklang mit dem Rechte, so lange er nur dem Innenleben angehört, keinen selbständigen Wert für das Recht hat, dessen Zweck an sich immer bloss die äussere Handlung ist, — so gewiss gerade hierin der wesentliche Unterschied des Rechts von der Moral liegt, die umgekehrt allen Nachdruck auf die Gesinnung als solche legt —, so gewiss hat doch das Innenleben des Menschen für das Recht mittelbaren Wert, d. h. Wert als unumgängliches Medium für die Verwirklichung seiner Zwecke. Zum Beweise, dass diese Wahrheit auch innerhalb des Rechtes selbst

unfruchtbaren Wortstreit zu erblicken vermag. Dass dem verschuldeten Unrecht die oberste Stelle innerhalb des überhaupt denkbaren Unrechts gebührt, das wird auch von denen nicht verkannt, die eine Beschränkung des Unrechtsbegriffs auf das verschuldete Unrecht unbedingt ablehnen. Dass anderseits das menschliche Zusammenleben Vorgänge aufweist, die als ein im Widerspruch mit dem Rechte stehendes, wenngleich nichtverschuldetes Verhalten von Menschen bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen, also jedenfalls von rechtlicher Erheblichkeit sind, wird heute ebenfalls kaum von jemand bestritten. Und wenn dann weiter diejenigen, die im allgemeinen ein unverschuldetes Unrecht annehmen, nicht einig sind über die Abgrenzung desselben, namentlich über die Frage, ob nur bewusste Willensäusserungen dahin zu rechnen seien, oder auch noch andere Formen menschlichen

---

nicht verkannt wird, mögen hier nur zwei wichtige Tatsachen hervorgehoben werden. Zuvörderst besitzt jede entwickeltere Rechtsordnung Einrichtungen, in denen deutlich die Erkenntnis zutage tritt, dass auch blosse rechtswidrige Willensentschliessungen, wiewohl für sich selbst noch kein „Unrecht", so doch bereits eine hohe Wahrscheinlichkeit künftigen Unrechts und darum eine Gefahr für die Rechtsordnung in sich schliessen. Das ganze Institut der Sicherheitspolizei hat zu seinem eigentlichen begriffsmässigen Ziele die Verhütung drohender Verbrechen; und daneben stehen überdies Vorschriften, wie die Str. G. B. 139 zu entnehmende, über eine noch viel allgemeinere Verpflichtung zur Anzeige und damit auch zur Verhinderung gewisser besonders schwerer Arten verbrecherischen „Vorhabens". Anderseits verlangt das Recht, zumal das unserer heutigen Kulturvölker, bei der rechtlichen Beurteilung des wirklich begangenen Unrechts in weitem Umfange Berücksichtigung der vorausgegangenen Willensentschliessungen und bezw. der sie begleitenden Vorstellungen und Gefühle; unsere ganze heutige Schuldlehre kann in der Hauptsache als eine Klassifikation der für die Beurteilung oder Zurechnung des Unrechts maassgebenden Willensentschliessungen gekennzeichnet werden. Ja, eine bedeutsame Strömung in unserer modernen Kriminalistik strebt eine noch viel energischere Betonung des Innenlebens, der rechtswidrigen Gesinnung, speziell auch bei der in Aussicht genommenen Revision unseres deutschen Strafrechts an. Vergl. die „Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages" (1902), Bd. I, S. 276 ff., Bd. II, S. 245 ff., Bd. III, S. 285 f. Dass hierdurch nichts an der Tatsache geändert wird, dass immer erst die Manifestation der rechtswidrigen Gesinnung durch ein entsprechendes äusseres Verhalten oder m. a. W. die mindestens begonnene Realisierung des rechtswidrigen Willensentschlusses ein „Unrecht" im juristischen Sinne begründet, versteht sich nach dem schon Gesagten von selbst.

Verhaltens, so wird doch schliesslich niemand der Anerkennung sich entschlagen können, dass neben dem rein objektiven Unrechthandeln des gutgläubigen, die Sachherausgabe weigernden Besitzers oder des im Rechtsirrtum handelnden Steuerverweigerers auch die aus unverschuldeter Unkenntnis oder Vermögenslosigkeit erfolgende Unterlassung der Zahlung einer Schuld oder die aus gleichem Grunde sich ergebende Nichtbeobachtung einer positiven Polizeivorschrift als ein rechtswidriges Verhalten mit eigentümlichen Rechtsfolgen anzusehen ist. Warum sollen wir also die vorgedachten Erscheinungen des Rechtslebens, eben weil und sofern sie ein im Widerspruch mit den Forderungen des Rechts stehendes menschliches Verhalten darstellen, nicht allgemeinhin als „Unrecht" bezeichnen?

Etymologie und Sprachgebrauch stehen dem jedenfalls nicht entgegen. In der Wortbildung „Unrecht" ist an und für sich gar nichts enthalten, was auf eine Verantwortlichkeit für das äusserlich rechtswidrige Verhalten oder auch nur auf ein gewolltes Verhalten als notwendige Voraussetzung des Begriffs hindeutete. Freilich folgt aus der schon oben zugestandenen Tatsache, dass das verschuldete Unrecht die juristisch hervorragendste Art rechtswidrigen Verhaltens ist, ganz von selbst eine enge Ideenassoziation zwischen Unrecht und Schuld, und es ist daher auch vollständig begreiflich, dass der Ausdruck „Unrecht" unwillkürlich in unserm Innern sofort die Frage nach der Schuld weckt. Aber ebenso gewiss wird das Wort „Unrecht" öfters auch für Fälle gebraucht, in denen von einer Schuld nicht die Rede sein kann. Die Bedenken, die sich gegen einen solchen Doppelgebrauch desselben Wortes geltend machen lassen, erledigen sich sämtlich, wenn man für den allgemeineren Begriff die Bezeichnung „Unrecht im weitern Sinne" verwendet.

Anderseits schliesst jener Doppelgebrauch einen zwiefachen methodischen Vorzug in sich. Fürs erste tritt darin sofort deutlich heraus, dass alle Wesensmerkmale des Unrechts im weiteren Sinne notwendig auch Wesensmerkmale des Unrechts im engeren Sinne sind, — dass m. a. W. Unrecht im weiteren Sinne der umfassendere Gattungsbegriff, Unrecht im engeren Sinne der wichtigste subordinierte Artbegriff ist. Zum andern erscheint bloss von diesem Standpunkte aus die Aufrechterhaltung des von uns angenommenen

Verhältnisses zwischen Unrecht und Rechtsbewährung möglich. Denn wer nur ein schuldbares Unrecht kennen will, der muss entweder eine Rechtsbewährung ohne Unrecht, d. h. auch da annehmen, wo nichts zu bewähren ist, oder er kann Erfüllungs- und Ersatzzwang nicht mehr als eigentümliche Formen, sondern nur noch als gelegentliche Mittel der Rechtsbewährung in Betracht ziehen.[6])

3. Der Plan der folgenden Darstellung ist von selbst durch das begriffliche Verhältnis des Unrechts zur Rechtsbewährung gegeben. Wenn das Unrecht der alleinige Grund, die Überwindung des Unrechts der oberste Zweck der Rechtsbewährung im engeren Sinne ist, so bildet notwendig die Lehre vom Unrecht die Voraussetzung für eine eingehendere Lehre von der Rechtsbewährung. Wir werden demgemäss unsere weiteren Ausführungen mit einer Erörterung über das Rein-Tatsächliche am Unrecht (Abschn. II) beginnen, und dann versuchen, das Wesen der Rechtswidrigkeit und den hieraus sich ergebenden Begriff des Unrechts im weiteren Sinne (Abschn. III), sowie die Schuld als notwendiges Begriffsmoment des Unrechts im engeren Sinne (Abschn. IV) näher zu bestimmen. Erst nachdem wir so die Elemente und Hauptarten des Unrechts klargelegt haben, dürfen wir daran gehen, wenigstens bis zu einem gewissen Grade — natürlich immer bloss hypothetischer Weise, d. h. unter ausdrücklicher Anerkennung der weitgehenden Abhängigkeit von den Bestimmungen des positiven Rechts — Inhalt und Formen der Rechtsbewährung (im engeren Sinne) festzustellen (Abschn. V).

---

[6]) Eine weitere Begründung des nicht-schuldbaren Unrechts, noch von einer andern Seite her, — und damit zugleich für die Anerkennung des schuldbaren und nicht-schuldbaren Unrechts als der beiden umfassendsten Arten des „Unrechts im weiteren Sinne" — s. u. § 37, Nr. 2 und § 43, Nr. 2.

Zweiter Abschnitt.

Das Rein-Tatsächliche am Unrecht.

§ 31.

Rein tatsächlich am Unrecht nennen wir alles, was wir an dem als Unrecht prädizierten menschlichen Verhalten an sich — d. h. ohne Rücksicht auf irgendwelche aus rechtlichen oder anderen Gesichtspunkten sich ergebende Wertung dieses Verhaltens — beobachten können.

Rein tatsächlich in diesem Sinne ist daher vor allem der Unterschied zwischen Tun und Unterlassen, sowie der Unterschied in der näheren Bestimmung beider durch Betonung entweder eines bestimmten Charakters des Verhaltens selbst oder vielmehr einer Folge, die durch das Verhalten herbeigeführt wird bezw. durch ein entgegengesetztes gehindert werden könnte.

Rein tatsächlich ist ferner der Unterschied zwischen bewusstem und unbewusstem, gewolltem und ungewolltem Tun oder Unterlassen.

Rein tatsächlich ist auch — innerhalb des gewollten Tuns — der Unterschied zwischen versuchter und vollendeter Tat, zwischen Einzelhandlung und Gesamthandlung; letzterer überdies in mehrfacher Bedeutung.

Rein tatsächlich ist endlich die Bestimmung von Zeit und Ort einer Handlung.

1. Das „Rein-Tatsächliche am Unrecht", wie es in den vorstehenden Sätzen aufgefasst ist, darf natürlich nicht verwechselt werden mit dem, was wir gemeiniglich „Tatbestand des Unrechts" nennen.

Der letztere Begriff ist ungleich umfassender: er begreift überhaupt alles, was uns als Merkmal des Unrechts erscheint, sei es des Unrechts überhaupt im Gegensatz zum Nicht-Unrecht, sei es eines bestimmten Unrechts im Vergleich mit andern Gestaltungen des Unrechts. Ebendarum gehört die Rechtswidrigkeit oder besser gesagt diejenige tatsächliche Eigenschaft eines gewissen Verhaltens, die es zum rechtswidrigen macht, zweifellos zum Tatbestand jedes Unrechts im weiteren Sinne, desgleichen Dolus oder Culpa zum Tatbestand des schuldbaren Unrechts.

Als rein tatsächlich am Unrecht ist dagegen immer nur das anzusehen, was nach Abzug aller den rechtlichen und sonstigen Wert oder Unwert eines Verhaltens begründenden Momente vom Tatbestand des Unrechts übrig bleibt. Es muss also dabei völlig abgesehen werden nicht bloss von allem, was ausschliesslich für die religiöse, sittliche oder ästhetische Beurteilung eines gewissen Verhaltens Interesse hat, sondern namentlich auch von jeder Beziehung zum Rechte. Nur was sich an einem rechtmässigen oder rechtlich irrelevanten Verhalten von Menschen ganz ebenso gut beobachten lässt, wie am rechtswidrigen, kann mit Sicherheit als etwas „Rein-Tatsächliches" an allen diesen Formen des Verhaltens bezeichnet werden.

2. Das Bedürfnis, bei einer ausführlicheren Darstellung des Unrechts an erster Stelle das Rein-Tatsächliche an dem als Unrecht zu kennzeichnenden Verhalten ins Auge zu fassen und erst dann die nähere Erörterung der Rechtswidrigkeit und bezw. Schuldbarbeit folgen zu lassen, wird heute bereits in weiten Kreisen empfunden. Beweis dafür sind vor allem diejenigen Strafrechts-Lehrbücher, welche die Lehre vom Verbrechen mit einem entsprechenden Abschnitte beginnen, etwa unter dem Titel „die Handlung" oder „die Tat". Die letzteren beiden Überschriften empfehlen sich durch ihre Kürze; dennoch vermag ich nicht, sie mir anzueignen.

Den Begriff der „Handlung" haben wir in § 21, Nr. 1 (Bd. II, S. 47) ausdrücklich auf das gewollte Verhalten von Menschen beschränkt. Wenn wir hieran festhalten, — und wir haben guten Grund hierzu —,[1])

[1]) Nicht als wenn ich leugnen wollte, dass der Ausdruck „Handlung" auch in einem weiteren Sinne gebraucht werden kann. Ich habe deshalb a. a. O.

so erscheint der Titel „die Handlung“ jedenfalls als zu eng und darum unpassend für unsern gegenwärtigen Zweck. Anderseits weist das Wort „Handlung“ in keiner Weise darauf hin, dass bei unserer gegenwärtigen Betrachtung alle diejenigen Elemente ausgeschlossen bleiben sollen, welche eine rechtliche oder sonstige Bewertung der Handlung begründen.

Geringere oder vielleicht gar keine Bedenken in der ersteren Beziehung bestehen gegenüber dem Ausdruck „Tat“. Allein der zweite Gegengrund trifft hier in ganz derselben Weise zu, wie gegenüber der Bezeichnung „Handlung“. Wenn wir allgemeinhin von einer „Tat“ und deren eigentümlichen Kennzeichen reden, denken wir regelmässig zugleich an solche Eigenschaften und Beziehungen, die unser rechtliches, sittliches oder ästhetisches Urteil wachrufen. Freilich wird der Ausdruck noch in einem engern Sinne gebraucht; insbesondere spricht man öfter von der Tat-Seite einer Handlung im Gegensatz zu der Willens-Seite derselben. Aber auch in diesem engern Sinne verstanden ist „Tat“ etwas wesentlich

---

in Anm. 1 bezüglich meiner Definition der Handlung wohlweislich hinzugefügt, dass ich eigentlich vorsichtiger sagen müsste: „Handlung in dem Sinne, in welchem wir diesen Ausdruck bisher gebraucht haben und ferner gebrauchen werden.“ Dass das Wort „Handlung“ auch in einem weiteren Sinne verwendet und demgemäss von unwillkürlichen Handlungen gesprochen wird, habe ich gleichzeitig auf das Bestimmteste anerkannt. Auch gebe ich gern zu, dass sogar Gesetzgebung und Rechtswissenschaft gelegentlich von dieser weiteren Redeweise Gebrauch machen, indem sie unter den Begriff der strafbaren Handlung selbst fahrlässige — nicht-gewollte — Unterlassungen subsumiert wissen wollen. Aber daraus folgt noch lange nicht, dass ein fester und ausschliesslicher juristischer Sprachgebrauch in der letzteren Richtung bestehe, wie dies Eltzbacher (Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. I, S. 78—82) behauptet. Im Gegenteil, ich glaube nach wie vor behaupten zu dürfen, dass „der heutige juristische Sprachgebrauch — wenn nicht durchweg, so doch überwiegend — mit dem unserigen übereinstimmt“, d. h. den Ausdruck „Handlung“ in der Regel in dem engern Sinne von „Willensbetätigung“ versteht. Zum Belege können schon die Citate dienen, die Eltzbacher selbst a. a. O. S. 81 in Anm. 1 gibt. Und auch wenn dem nicht so wäre, so würde ich doch für mein Teil einen ausreichenden Grund, an dem von mir adoptierten Gebrauche festzuhalten, in der einfachen Tatsache erblicken, dass es an einem andern, gleich-bezeichnenden kurzen Ausdrucke für die fragliche, juristisch weitaus wichtigste Art äussern menschlichen Verhaltens fehlt.

anderes, als was ich unter dem „Rein-Tatsächlichen am Unrecht“ verstehe. Auf der einen Seite begreift auch der beschränktere Tatbegriff — ganz ebenso wie der damit identische des „objektiven Tatbestandes“ — stets schon als eine Eigenschaft der Tat mit in sich, was wir deren objektive Rechtswidrigkeit nennen, — mithin eine Eigenschaft, die nach unserer Erklärung keine „rein tatsächliche“ mehr ist. Anderseits gehört das Wissen und Wollen der Tat schlechterdings nicht zum objektiven Tatbestande, während es zum „Rein-Tatsächlichen am Unrecht“ zweifellos insoweit gehört, als es Wissen und Wollen der Tat als solcher — im Gegensatz zum Wissen und Wollen der Tat als einer rechtswidrigen usw. — ist. Zu alledem kommt noch, dass der Ausdruck „Tat“ in noch höherem Grade, als selbst das Wort „Handlung“, als ungeeignet erscheint, gleichzeitig für das einfache Unterlassen gebraucht zu werden.[2])

Ob im übrigen die von mir selbst gewählte Bezeichnungsweise allen berechtigten Anforderungen entspricht, muss ich dahingestellt sein lassen. Jedenfalls weiss ich zur Zeit keine bessere. Dass auch die einfache Unterlassung als etwas Tatsächliches gekennzeichnet wird, dürfte wohl nirgends Anstoss erregen. Ebenso steht es mit dem Wissen und Wollen; zwar sind dies immer nur innere Tatsachen, die von unserm Begriffe des Unrechts aus bloss dann in Betracht kommen, wenn und soweit sie sich auf ein äusseres Verhalten beziehen; allein Tatsachen sind es sicherlich. Eher möchte man uns einhalten, dass sogar der Widerspruch eines gewissen Verhaltens zum Recht und das Bewusstsein von diesem Widerspruche als Tatsachen anzusehen seien. Ich leugne dies im allgemeinen keineswegs; ja, ich habe selbst schon an anderer Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Recht selbst oder richtiger die in den Rechtsgenossen lebendige Rechts-Anerkennung als etwas Tatsächliches aufgefasst werden müsse.

[2]) Eine Ausnahme bildet höchstens der Fall, wo die Unterlassung auf bewusster Selbstüberwindung beruht. Aber auch hier ist genauer betrachtet das, was uns veranlasst, von einer „Tat“ zu reden, nicht die Unterlassung selbst, sondern vielmehr die geistige Anstrengung, welche im Kampfe mit entgegengesetzten Antrieben aufgewendet wurde, um den Entschluss zur Unterlassung zu fassen oder festzuhalten.

Streng genommen handelt es sich also auch im gegenwärtigen Falle nicht sowohl um eine Sonderung des Tatsächlichen vom Nicht-Tatsächlichen, sondern um eine Scheidung innerhalb des Gebiets der Tatsachen. Und dass dies durch den Zusatz des Wörtchens „rein", für sich allein betrachtet, nicht genügend zur Darstellung kommt, verhehle ich mir nicht. Indessen besteht doch eine weit verbreitete Gewohnheit, die Ausdrücke „Tatsache" und „tatsächlich" öfter noch, als in jenem allgemeinen Sinne, in einer engern Bedeutung zu verwenden, indem wir dieselben den Ausdrücken „Recht" und „rechtlich" — oder irgend einem andern Wertmaassstabe — als Gegensatz gegenüberstellen; und das Wörtchen „rein" vor „tatsächlich" soll eben andeuten, dass hier das letztere Wort in der letztgedachten engern Bedeutung genommen wird. Wer sich auch hierbei nicht zu beruhigen vermag, dem werde ich für brauchbare Verbesserungsvorschläge jederzeit dankbar sein. Dass indessen in all unsern weiteren Ausführungen richtig verstanden werden kann, was wir mit dem „rein tatsächlich" meinen, dafür glaube ich durch die vorstehenden Erörterungen ausreichend gesorgt zu haben.

3. Wie viel oder wie wenig an verschiedenen Arten des Unrechts oder gar an einzelnen bestimmten Unrechtsfällen als „rein tatsächlich" anzusehen ist, das haben wir hier selbstverständlich nicht zu untersuchen. Wohl aber ist es unsere Aufgabe, die allgemeinen Gesichtspunkte ins Auge zu fassen, unter denen jedes Unrecht auf seinen rein tatsächlichen Bestand hin geprüft werden muss. Und zwar lassen sich als solche immer nur eine Anzahl von Unterscheidungen oder Alternativen denken, die sich aus einer Vergleichung möglichst mannigfaltiger Unrechtsfälle nicht bloss untereinander, sondern auch mit Fällen eines rechtmässigen oder rechtlich irrelevanten Verhaltens ergeben.

Ein vorläufiger Versuch, die wichtigsten dieser unterscheidenden Gesichtspunkte zusammenzustellen, ist gemacht in den einleitenden Sätzen dieses Abschnitts. Die weitere Ausführung und Begründung sollen die nächsten Paragraphen bringen. Nur einem etwaigen Missverständnisse möchte ich sogleich hier noch vorbeugen. So gewiss nämlich die zu erörternden Gesichtspunkte selbst rein-tatsächlicher Natur sind, so gewiss ist damit nicht

gesagt, dass die Durchführung der fraglichen Unterscheidungen in schlechthin allgemeiner Weise, ohne jede Rücksicht auf die besonderen Anschauungen und den Sprachgebrauch des Rechtslebens, möglich sei. Im Gegenteil: wir werden öfters genötigt sein, hierbei mit Begriffen zu operieren, deren bestimmteren Inhalt — wenigstens für unseren Zweck — wir bloss dem positiven Rechte selbst oder gewissen ihm zu Grunde liegenden Bedürfnissen des praktischen Lebens entnehmen können. Vielleicht könnte man darum Zweifel erheben, ob diese Dinge überhaupt noch in den Rahmen einer juristischen Prinzipienlehre gehören. Allein deren Aufgabe, das Allgemeine an allem Rechte aufzuzeigen, ist eben schliesslich gar nicht anders zu lösen, als indem man auch den Besonderheiten des positiven Rechts nachgeht, in denen jenes Allgemeine zur Verwirklichung gelangt ist.

§ 32.

Alles menschliche Verhalten, soweit es überhaupt als Unrecht in Frage kommen kann, stellt sich entweder als ein Tun oder als ein Unterlassen dar.

Unter einem Tun verstehen wir hierbei jede Einwirkung auf die Aussenwelt, die als eine gewollte denkbar ist.

Unterlassen dagegen ist einfaches Nicht-tun, d. h. äusseres Negativ-verhalten im Vergleich mit einem bestimmten als Ziel oder Aufgabe gedachten Tun.

1. Der Gebrauch des Verbums „tun“ ist ein so mannigfaltiger, dass schon ein kurzer Überblick über die daraus sich ergebenden verschiedenen Bedeutungen eine besondere Abhandlung notwendig machen würde. Ungleich beschränkter ist allerdings der substantivische Gebrauch des Wortes, der uns hier im Grunde allein interessiert. Während die Erörterung der zahllosen Verwendungsarten der bezüglichen Verbalformen im Wörterbuch der Gebrüder Grimm nicht weniger als zwanzig Spalten (Bd. XI, 435—455) einnimmt, wird der substantivische Infinitiv auf kaum anderthalb Spalten erledigt, und von den drei daselbst aufgeführten Bedeutungen von „Tun“ kommt überdies für unsere Untersuchung offenbar nur eine einzige — Spalte 455, Nr. 1 — in Betracht. Wenn nun aber hier das Tun erklärt wird als „tätigsein, handeln, sich

verhalten", so liegt auf der Hand, dass auch dieser Begriff von einem Tun immer noch unbestimmt genug ist. Denn „tätig sein", „handeln" und „sich verhalten" sind genauer betrachtet durchaus nicht identische Begriffe. Tätigsein bezeichnet nur eine Art des Sich-verhaltens, neben welcher Unterlassen und sogar Leiden als weitere Arten genannt werden können. Und das Handeln ist wiederum bloss eine Hauptart des Tätig-seins. Es ist also zweifellos ein Bedürfnis vorhanden, den Begriff des Tuns, wie er gerade für unsere Untersuchung in Frage steht, noch näher zu bestimmen.

Ich betone: „den Begriff des Tuns, wie er gerade für unsere Untersuchung in Frage steht." Das will sagen: Wir wollen nur dasjenige Tun definieren, das den Inhalt eines Unrechts bilden kann. Nicht als wenn es sich dabei um einen spezifischen Inhalt des Unrechts handelte; das würde vielmehr in direktem Widerspruch mit unserem Plane stehen, bei den Erörterungen dieses Abschnitts nur das Rein-Tatsächliche am Unrecht klarzulegen. Wohl aber scheiden wir damit jedes Tun aus, das schlechterdings nicht als ein Unrecht gedacht werden kann.

Vor allem erscheint hiernach jede rein geistige Tätigkeit, ebenso wie jede körperliche, die sich völlig innerhalb eines menschlichen Körpers abspielt, als kein Tun in dem uns hier interessierenden Sinne. Denn nach unserem Begriff des Unrechts, wie wir ihn in § 30 vorläufig dargelegt und begründet haben, gehört zu jedem Unrecht notwendig ein äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen. Und wenn auch selbstverständlich die dabei vorausgesetzte Beziehung von Mensch zu Mensch durchaus nicht immer eine unmittelbare zu sein braucht, so kann sie doch unter allen Umständen nur dadurch hergestellt werden, dass das fragliche Verhalten über den Bereich des geistigen oder körperlichen Eigenlebens hinauswirkt; zum mindesten, indem es auch für andere erkennbar wird. Mit anderen Worten: Nur ein solches Tun kann für unsere gegenwärtige Erörterung in Betracht kommen, das sich irgendwie als Einwirkung auf die Aussenwelt[1]) darstellt.

[1]) Wir könnten auch statt „Einwirkung auf die Aussenwelt" — etwa nach dem Vorgange von Liszt's sagen: Verursachung einer Veränderung in der Aussenwelt. Denn ohne eine gewisse Veränderung in der Aussenwelt ist auch nach unserer Auffassung kein Tun denkbar. Selbst die geringste Hand-

Aus unserer Begriffsbestimmung des Unrechts oder — vielleicht richtiger gesagt — aus dem hierbei vorausgesetzten Begriffe des Rechts ergibt sich aber zugleich noch eine zweite wichtige Schlussfolgerung. Wenn alles Recht aus Normen oder Forderungen besteht, die sich an Menschen richten, d. h. ihre Beobachtung von deren Willen erwarten, so kann als rechtswidriges Tun von vornherein nur ein solches auf die Aussenwelt einwirkendes Verhalten von Menschen in Frage kommen, wie es als Ausfluss oder Folge eines bestimmten Wollens mindestens denkbar[2]) ist. Übrigens steht diese Beschränkung auch im Einklang mit dem sonstigen Sprachgebrauche. Eine Einwirkung des menschlichen Körpers auf die Aussenwelt, die uns ganz allgemeinhin unabhängig erscheint von dem menschlichen Willen, wie beispielsweise die Ausdünstung der Haut, wird niemand als eine Art menschlichen „Tuns" charakterisieren.

---

bewegung bedeutet zugleich eine Veränderung der sie umgebenden Luft, ein einziger Schritt zugleich eine Veränderung des Bodens, den er trifft, usw. Aber ganz abgesehen davon, dass der Begriff der Veränderung ein mehrdeutiger ist und auch sonst eigentümliche Schwierigkeiten darbietet, von denen hier nicht weiter zu sprechen ist — vergl. unsere Bemerkungen in § 20, Nr. 5 (Bd. II, S. 25 ff.) —, kann die besondere Betonung der Veränderung in der Aussenwelt, wenigstens vom Standpunkte des gewöhnlichen Sprachgebrauches aus, leicht zu Missverständnissen führen. Wo nämlich die Veränderung nur eine vorübergehende, für den nicht-wissenschaftlichen Beobachter regelmässig nicht merkbare ist, pflegen wir im gemeinen Leben überhaupt nicht von einer Veränderung zu reden, während kein Mensch bezweifeln wird, dass eine gewisse Einwirkung auf die Aussenwelt stattgefunden hat.

[2]) Man beachte wohl: „als Ausfluss oder Folge eines bestimmten Wollens mindestens denkbar". Ich halte es für unrichtig, wenn man noch weiter geht und überhaupt kein anderes „Tun" kennen will, als „gewolltes Tun", oder wenn man m. a. W. das Tun nur als eine Art des Handelns auffasst. Es steht dies weder mit dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, noch mit dem der Wissenschaft in Einklang. Hat doch bisher kaum jemand Bedenken getragen, von dem Tun eines Kindes oder eines Geisteskranken zu reden, auch wenn wir Anstoss nehmen, hier von einem (vollbewussten) Handeln zu sprechen. Zuzugeben ist nur, dass wir auch in diesen Fällen von einem Tun nicht reden würden, wenn es sich nicht um Erscheinungen handelte, die bei geistig normalen Menschen regelmässig als gewollte auftreten. Aus ähnlichem Grunde erkennen wir selbst den Tieren ein Tun zu, während wir die Bewegungen einer Pflanze höchstens ausnahmsweise so prädizieren werden.

2. Den kontradiktorischen Gegensatz des Tuns — innerhalb des gemeinsamen Gattungsbegriffs „äusseres Verhalten" — bildet das Unterlassen. Wir dürfen „unterlassen" kurzweg definieren als „nicht-tun", d. h. als äusserlich sich negativ-verhalten im Vergleich mit einem bestimmten, als Ziel oder Aufgabe zu denkenden Tun. So wenig es ein Tun gibt, das schlechterdings nichts als Tun und nicht vielmehr ein nach verschiedenen Richtungen hin genauer bestimmbares Tun wäre, so wenig denken wir beim „Unterlassen" an eine Negation jedwedes Tuns, an ein absolutes Nichts-tun. Ja, selbst wo wir den letzteren Ausdruck „Nichts-tun" — wohl zu unterscheiden von „nicht-tun" — gebrauchen, wollen wir regelmässig bloss ein Tun bestimmter Art verneinen, während wir die Möglichkeit eines gleichzeitigen Tuns anderer Art damit nicht nur nicht bestreiten, sondern meist sogar mit vollem Bewusstsein voraussetzen.

Die Betrachtung der zuletzt erwähnten Tatsache hat bisweilen sogar dazu verführt, das Unterlassen selbst als ein „Anders-handeln" zu definieren. Allein diese Auffassung beruht auf einem doppelten Irrtume. Einmal übersieht sie, dass der Zeitpunkt oder Zeitraum, in welchem wir ein Unterlassen seitens eines bestimmten Subjekts konstatieren, durchaus nicht notwendig durch ein andersartiges Tun desselben Subjekts ausgefüllt zu sein braucht, sondern manchmal — wenn auch verhältnismässig selten — ausschliesslich durch einen Zustand, z. B. der Bewusstlosigkeit des betreffenden Subjekts, gedeckt ist, der diesem zum mindesten ein wahres Handeln unmöglich macht. Noch wichtiger jedoch ist ein Zweites: Auch da, wo in den fraglichen Zeitpunkt oder Zeitraum ein Anders-handeln des betreffenden Subjekts fällt — und tatsächlich wird dies als Regel gelten können —, da stellt doch dieses Anders-handeln niemals den Inhalt des Unterlassens dar. Wir können uns das tatsächlich nachweisbare Andershandeln durch unzählige sonstige Handlungen oder auch durch einen Zustand der Handlungsunfähigkeit ersetzt denken und die Tatsache der Unterlassung als solche bleibt darum doch ganz dieselbe.

Ebensowenig ist die — von Landsberg (Commissivdelikte durch Unterlassung, S. 21) vertretene — Behauptung zu rechtfertigen, dass der Sprachgebrauch mit dem Begriff des Unterlassens

stets oder auch nur in der Regel den Gedanken einer Pflichtwidrigkeit verbinde. In Wahrheit reden wir tagtäglich von Unterlassung dessen, was wir uns irgendwie vorgenommen oder auch bloss als mögliches Ziel vorgestellt, aber nicht getan haben, ganz gleichviel, ob dies etwas Pflichtmässiges oder umgekehrt etwas Pflichtwidriges oder auch etwas vom Standpunkte der Moral und des Rechts aus Gleichgültiges war. Zuzugeben ist nur, wie schon in unserer obigen Definition zum Ausdruck gebracht ist, dass wir das Wort „unterlassen" nur gebrauchen, wo wir zugleich an ein bestimmtes Tun denken, das uns hierbei irgendwie als Ziel oder Aufgabe für das betreffende Subjekt (von dessen Verhalten wir sprechen) vorschwebt. Damit ist zugleich anerkannt, dass auch von einem Unterlassen — ebenso wie von einem Tun (vergl. oben Nr. 1, Anm. 2) — nur die Rede sein kann, sofern es auch als ein gewolltes denkbar ist. Irrelevant ist dagegen, ob das fragliche Ziel (die fragliche Aufgabe) des zum Vergleich herangezogenen Tuns als von dem betreffenden Subjekte selbst gesetzt oder vielmehr als ihm von anderer Seite gesetzt oder gar nur als etwas bloss Mögliches gedacht wird; für die Anwendung des Wortes „unterlassen" kommt es immer bloss darauf an, dass das Verhalten des fraglichen Subjekts an einem bestimmten Tun gemessen wird, das der das Wort Gebrauchende als tatsächliches oder mögliches Ziel für das Subjekt der Unterlassung auffasst.

Und ebendarum ist es für den Begriff der Unterlassung auch gleichgültig, ob das Unterlassen ein tatsächlich gewolltes oder ungewolltes ist. Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Unterlassens besteht bloss darin, dass bei der einen Art das äussere negative Verhalten durch ein dem als mögliches Ziel gedachten, aber nicht-gewollten Tun gegenüber positiv ablehnendes inneres Verhalten bestimmt wird, während dies bei der anderen Art fehlt. Ein äusserlich negatives Verhalten bestimmter Subjekte hingegen liegt in beiden Fällen vor. Natürlich kann dies Verhalten — eben als ein rein negatives — nicht unmittelbar sinnlich wahrgenommen werden. Aber die Tatsache, dass jemand — mit oder ohne Absicht — etwas nicht tut, was wir unter den gegebenen Umständen von ihm erwartet oder gewünscht hätten, erscheint uns doch nicht als ein bloss unpersönliches Nichtvorhandensein eines

bestimmten Tuns, oder m. a. W. als blosse Abstraktion, sondern vielmehr als ein Ausfluss der Persönlichkeit, als ein eigentümliches Stück individuellen Lebens und Wirkens. Und obgleich diese Auffassung bei dem ungewollten Unterlassen nicht jene direkte Bestätigung findet, wie sie in dem gleichzeitigen Wissen und Wollen der eigenen Unterlassungen liegt, so gibt es doch auch hier noch schwerwiegende Beweise für die Berechtigung unserer Auffassung. Vor allem bietet schon die Bildung des Verbums „unterlassen" einen Beleg für die Allgemeinheit der Anschauung dar, indem danach sprachlich das Unterlassen gleichsam als eine Form des Tätigseins hingestellt wird. Noch wichtiger jedoch ist die Selbstanklage, die wir regelmässig gegen uns erheben, wenn wir uns nachträglich einer ungewollten Unterlassung bewusst werden. Und dieser Selbstanklage entspricht auch durchaus die Stellung, die Rechtsleben und Wissenschaft in der Beurteilung von Unterlassungen einzunehmen pflegen. Wenn z. B. jemand einfach vergisst, seine Pflicht zu erfüllen, so handelt es sich zweifellos um ein ungewolltes Unterlassen; und doch wird ihm dieses regelmässig als Schuld zuzurechnen sein, unter Umständen sogar als eine recht schwere. Anderseits liegt auf der Hand, dass die Ausscheidung des persönlichen Moments im Nicht-tun zu ganz unleidlichen Konsequenzen führt: nämlich entweder zur Verneinung von Rechtswidrigkeit und Schuld in zahllosen Fällen, in denen das positive Recht zweifellos ein rechtswidriges und schuldbares Verhalten voraussetzt, oder umgekehrt zur Annahme einer Rechtswidrigkeit und sogar eines schuldigen Subjekts ohne rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten desselben.[3])

[3]) Wesentlich anderer Meinung ist allerdings Eltzbacher (Handlungsfähigkeit I, S. 262 f.): auf der einen Seite behauptet er, dass es auch Rechtsverletzungen gebe, die nicht in einem menschlichen Verhalten bestehen; auf der andern begründet er diese Behauptung mit dem Hinweise auf das ungewollte Unterlassen, genauer darauf, dass bei diesem „keinerlei seelische Tatsache vorhanden zu sein brauche, sondern die rein äussere Tatsache genüge, dass jemandem ein bestimmtes Tun vorgeschrieben sei und dieses Tun nicht vorliege". Demgegenüber muss vor allem betont werden, dass auch bei dem ungewollten Unterlassen stets irgendwelche entsprechende seelische Tatsache vorauszusetzen ist. Dass sie vorhanden sein kann, hat selbst Eltzbacher nicht bestritten; nur hierdurch, sowie durch die beiläufige Anerkennung der Fahrlässigkeit als

3. Unter die Begriffe des Tuns und des Unterlassens fällt schlechthin alles, was rein tatsächlich am Unrecht ist. Es gibt kein rechtswidriges Verhalten, das nicht entweder als ein Tun oder als ein Unterlassen oder doch als eine Verbindung von Tun und Unterlassen aufzufassen wäre.

Damit soll keineswegs geleugnet werden, dass es im menschlichen Leben und zwar selbst im menschlichen Gemeinschaftsleben

---

„seelische Tatsache" hat er sich dem Vorwurfe entzogen, dass er den eigentümlichen Charakter zahlreicher Fahrlässigkeits- und reiner Omissivdelikte ignoriert habe. Allein genauer betrachtet umfasst der Ausdruck Fahrlässigkeit sehr vorschiedene seelische Tatsachen; und neben diesen gibt es andere, die zwar nicht in gleicher Weise als Schuldgründe sich darstellen, wohl aber als charakteristisch für das bezügliche äussere Verhalten eines Menschen: selbst Bewusstlosigkeit und bestimmte geistige Störungen gehören hierher. Fehlt aber hiernach ein eigentümliches seelisches Verhalten bei keiner Unterlassung, so ist auch kein Grund ersichtlich, warum wir nicht den Begriff der Unterlassung durchweg als Artbegriff dem Begriffe des menschlichen Verhaltens unterordnen sollten. Am allerwenigsten können uns die von Eltzbacher angeführten Beispiele veranlassen, Rechtsverletzungen anzunehmen, die nicht in einem menschlichen Verhalten bestehen. „Wenn der Vermieter den Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt", so wird kein Unbefangener in Abrede stellen, dass er rechtswidrig, genauer: seiner Rechtspflicht zuwider handelt, gleichviel ob er aus Böswilligkeit oder aus Vergesslichkeit oder selbst aus Gründen handelt, die ihm seine Pflichterfüllung erschweren, aber doch nicht seine Pflicht aufheben. Dasselbe gilt von dem Besteller, der das bestellte Werk nicht rechtzeitig abnimmt; vorausgesetzt natürlich, dass er zur Abnahme wirklich verpflichtet war. Fraglicher mag es erscheinen, ob es richtig ist, die Haftpflicht des Tierhalters für den durch das Tier angerichteten Schaden unter den Gesichtspunkt der Ersatzpflicht wegen Rechtsverletzung zu bringen. Aber wenn man doch tut — und die Stellung des § 833 im B. G. B. (unter den unerlaubten Handlungen) spricht in der Tat für diese Behandlung —, so besteht die Rechtsverletzung eben in der Nichterfüllung einer ganz allgemein gefassten Pflicht zur Verhütung derartiger Schäden, also in einem rechtswidrigen Verhalten des Tierhalters oder, um mit dem B. G. B. selbst zu reden, in einer „unerlaubten Handlung" desselben. Wenn sich endlich Eltzbacher darauf beruft, dass im Prozess der Kläger nur zu beweisen brauche, dass er durch das Tier verletzt und dieses im Besitze des Beklagten sei, so kann man sich verwundern, dass er hierin eine besondere Bekräftigung seiner Ansicht erblickt. Denn es ist doch offensichtlich, dass mit dem Nachweis der Beschädigung durch ein Tier stets zugleich der Beweis gegeben ist, dass der Tierhalter in diesem Falle den Schaden nicht verhütet, mithin vom Standpunkte des Gesetzes aus sich pflichtwidrig verhalten hat.

Vorgänge gibt, die wir wohl als ein äusseres Verhalten von Menschen, auch allenfalls als ein Verhalten von Menschen zu Menschen, aber dennoch nicht als Tun oder Unterlassen charakterisieren können. Schon die Sprache weist uns hierauf in bezeichnender Weise — durch ihre Passivformen — hin. Das Leiden im strengen Sinne des Wortes lässt sich in der Tat weder auf ein Tun, noch auf ein Unterlassen reduzieren. Und ganz Ähnliches gilt auch von anderen „Zuständen", wenn es auch nicht immer gleich deutlich hervortritt. Allein ebenso gewiss kann ein Zustand als solcher niemals geboten oder verboten werden, und ebendarum kann auch ein blosser Zustand als solcher — insbesondere auch ein Leiden als solches — niemals ein rechtswidriges Verhalten darstellen. Wo wir gelegentlich das Gegenteil wahrzunehmen glauben, da ist es in Wirklichkeit stets ein Tun oder ein Unterlassen — oder auch beides zusammen —, das mit jenem Zustande verbunden erscheint und nur für die oberflächliche Beobachtung hinter diesem zurücktritt.[4])

---

[4]) Wenn wir z. B. zu jemand sagen: „Du sollst das und das dulden", so verlangen wir von dem Angeredeten regelmässig ein Unterlassen, genauer: die Unterlassung jedes oder doch eines bestimmten Widerstandes gegenüber einem gewissen Vorgange oder Zustande; nicht selten setzen wir auch noch überdies ein gewisses Entgegenkommen oder Sichergeben, also ein positives Tun dabei voraus. So fordert das Gesetz vom Verbrecher Duldung der Strafe, d. h. nicht bloss, dass er sich der Strafe nicht entziehe (alle hierauf gerichteten Handlungen unterlasse), sondern öfters zugleich bestimmte positive Handlungen. (Vergl. meine Bemerkungen in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft X, S. 276 ff.) Wesentlich den gleichen Sinn hat das „pati" in dem bekannten Grundsatze der römischen Juristen: Servitus nisi in patiendo vel non faciendo consistere nequit. Das „pati" ist näher betrachtet bloss eine besondere Art des „non facere", nämlich Unterlassung jedes Widerstandes gegen ein bestimmt qualifiziertes fremdes Verhalten, höchstens bisweilen noch verbunden mit gewissen positiven, wenn auch nur sekundären Leistungen. . . . Wo wir dagegen bei dem Worte „dulden" vorzugsweise oder gar ausschliesslich an das „Erdulden" oder „Erfahren" von etwas oder, vielleicht noch deutlicher gesagt, an das davon „Betroffenwerden" denken, da ist der obige Satz: „Du sollst das und das dulden" entweder überhaupt nicht als wahrer Imperativ (sondern nur als Futuralform) gedacht oder der wirklich darin steckende Imperativ richtet sich doch nicht an den mit Du Angeredeten, sondern an eine über diesem stehende Macht, die zum Tun gegen ihn herausgefordert wird. Dass in dem letztgedachten Sinne nicht von einer Pflicht zum Dulden, also auch nicht von Verletzung einer solchen die Rede sein kann, versteht sich hiernach von selbst.

§ 33.

Objektiv betrachtet, ist eine nähere Bestimmung des Tuns oder Unterlassens je in zwiefacher Form denkbar.

Das Tun erscheint uns entweder unmittelbar nach seinem Inhalte selbst bestimmt oder bloss mittelbar und allgemeinhin nach seinem Zwecke oder Erfolge.

Das Unterlassen erscheint uns in analoger Weise entweder als Unterlassen eines inhaltlich bestimmten Tuns oder als Nichtverhindern eines gewissen Erfolgs.

1. Die beiden Formen äusseren Verhaltens eines Menschen, unter denen wir das Rein-Tatsächliche an allem Unrecht anschauen, sind von uns bisher wesentlich nur abstrakt — als Tun und Unterlassen schlechtweg — ins Auge gefasst worden. Nur ganz beiläufig haben wir schon in § 32, Nr. 2 bemerkt, dass im wirklichen Leben Tun und Unterlassen natürlich nie und nirgends in dieser abstrakten Weise, sondern immer bloss als Tun und Unterlassen von besonderem individuellen Charakter vorkommen.

Anderseits ist dieser besondere Charakter des Tuns und Unterlassens ein so mannigfaltiger, dass es ebenso zwecklos als vergeblich wäre, einen Überblick über alle möglichen Arten des einen oder andern gewinnen zu wollen. Einzig darum kann es sich handeln, gewisse allgemeine Gesichtspunkte festzustellen, unter denen der besondere individuelle Charakter des Tuns oder Unterlassens in jedem einzelnen Falle betrachtet werden kann und je nach Bestimmung des positiven Rechts betrachtet werden muss.

Versuchen wir nun zunächst einmal ein konkretes Tun oder Unterlassen seiner objektiven Seite nach — d. h. nach seinem Inhalte oder Gegenstande — genauer zu kennzeichnen, so ergeben sich uns aus unserer Erfahrung fast von selbst zwei mögliche Wege: Entweder wir blicken auf das äussere Verhalten des Menschen an sich, ohne Rücksicht auf irgendwelche Folgen, die sich daran knüpfen; oder wir sehen umgekehrt auf die Folgen, indem wir von der Beschaffenheit des zu diesen Folgen führenden Tuns mehr oder weniger abstrahieren.

2. Mit dem in den letzten Satz eingeschobenen „mehr oder weniger“ ist schon angedeutet, dass auch eine Verbindung beider Bestimmungsweisen bei der Kennzeichnung eines und desselben

Tuns — wenigstens bis zu einem gewissen Grade — sehr wohl möglich ist. Ja, es darf nicht geleugnet werden, dass überhaupt die gedachten Bestimmungsweisen sich nur im Gedanken, nicht in der Wirklichkeit völlig scharf umgrenzen lassen. Namentlich gilt dies bei der näheren Kennzeichnung eines bestimmten Tuns.

Im Grunde fordert schon der von uns angenommene Begriff des Tuns, wie wir ihn in § 32, Nr. 2 erläutert haben, dass mit jedem Tun regelmässig auch eine bestimmte Folge verknüpft sei. Eine Einwirkung auf die Aussenwelt ist undenkbar ohne eine Wirkung in der Aussenwelt, d. h. ohne eine Veränderung in ihr, die sich als eine Folge-Erscheinung des Tuns darstellt. (Vergl. a. O., Anm. 1.) So zieht jede Körperbewegung zum mindesten eine Veränderung des Ortes, der Luftverteilung oder der sonst etwa davon betroffenen Objekte nach sich, mag sie auch noch so gering und vorübergehend sein. Wenn wir beispielsweise einen Axthieb oder Steinwurf oder — um sogleich noch einige kompliziertere Fälle des Tuns zu berühren — das Schreiben und Sprechen auf seinen vollständigen Tatbestand prüfen, so erkennen wir leicht überall ein Nacheinander von Körperbewegung im engern Sinne und deren Wirkung nach aussen, und zwar öfters in mehrfacher, sogar unberechenbarer Wiederholung.

Allein nicht minder gewiss ist, dass in allen solchen Fällen uns die Folge-Erscheinungen gar nicht als solche, sondern höchstens als Modifikationen des zu ihnen hinführenden eigenen Verhaltens bewusst zu werden pflegen, ja dass wir sie geflissentlich ignorieren. Mit andern Worten: In dem Gedankenbilde, das wir uns hier von dem Tun machen, — und anders als in einem Gedankenbilde ist schlechthin keine nähere Bestimmung oder Kennzeichnung von etwas möglich —, verschwindet die Vorstellung der Folge-Erscheinung so vollständig hinter dem Gedanken an das äusserlich sichtbare menschliche Verhalten selbst, dass sie sich nur noch als individualisierendes und in gewisser Hinsicht erweiterndes Moment der körperlichen Eigenbewegung geltend macht. Und ebendarum haben wir in allen diesen Fällen gar keine Veranlassung, die Frage nach einem Kausalzusammenhange zwischen dem menschlichen Verhalten an sich und den daran sich knüpfenden Folge-Erscheinungen besonders aufzuwerfen.

Gerade umgekehrt liegt die Sache, wo wir ein Tun nach seinen Folgen näher bestimmen. Nicht dass wir hier Grund und Folge auch im Ausdruck stets schärfer auseinander hielten. Im Gegenteil; die Sprache weist in zahlreichen Verbalbildungen auf eine ganz ähnliche Verschmelzung der Vorstellungen hin, wie in den vorher erwähnten Fällen. Aber im Vordergrunde steht hier nicht das menschliche Verhalten als solches, sondern die Folge-Erscheinung. „Töten" und „beschädigen" z. B. heisst nichts anderes als „Tod" und „Schaden verursachen", gleichviel, durch welche Mittel dies geschieht; ja selbst Ausdrücke, wie „wegnehmen", „sich aneignen" u. ä. sind häufig nur in diesem Sinne zu verstehen. Die körperliche Eigenbewegung tritt hier also vollständig zurück hinter die dadurch herbeigeführte Folge; und darum kommt hier bei der Frage nach einem konkreten Tun von der bestimmten Art alles auf die Konstatierung des Kausalzusammenhanges mit der unser Denken beherrschenden Folge an.

3. Die Lehre vom Kausalzusammenhange ist in der neueren deutschen Rechtswissenschaft, namentlich der Strafrechtswissenschaft öfter und zum Teil sehr eingehend behandelt worden. Die Frage, um die es sich hierbei zunächst für uns handelt, ist nach dem, was wir bereits in Nr. 2 bemerkten, kurz dahin zu formulieren: Unter welchen Voraussetzungen ist die von einem Menschen vorgenommene körperliche Bewegung als Ursache eines gewissen Folge-Vorgangs anzusehn? [1])

---

[1]) Gewöhnlich wird die Frage sogar noch enger gefasst, indem man zunächst ausschliesslich die gewollte Körperbewegung in Betracht zieht. Allein bei der weiteren Ausführung ergeben sich hieraus Widersprüche. Wie wir schon in der Anm. 2 zu § 32, Nr. 2 bemerkt haben, lässt sich doch nicht leugnen, dass sowohl der gemeine wie der wissenschaftliche Sprachgebrauch auch die Körperbewegungen von Kindern, Geisteskranken, ja selbst von Bewusstlosen, z. B. Schlafenden, als ein wirkliches Tun auffasst und demgemäss zugleich mit diesen Körperbewegungen die sie vornehmenden Menschen als Ursachen der hierdurch herbeigeführten Folgen. Und auf demselben Standpunkte steht offenbar das positive Recht, wenn es an die aus einem solchen Tun entsprungenen tatsächlichen Folgen bestimmte Rechtswirkungen knüpft, wie dies beispielsweise im B. G. B. § 829 geschieht. Dass hier freilich niemals von einer nachweisbaren Verschuldung Geisteskranker usw. die Rede sein kann, versteht sich nach unserer heutigen Anschauung von selbst; dies und nichts

Mit dieser Fragestellung ist von vornherein zugegeben, dass der Ausdruck „Ursache" nicht in jenem „philosophischen Sinne" genommen wird, wonach „Ursache" der Inbegriff oder die Gesamtheit aller Bedingungen ist, von denen der Eintritt eines Ereignisses oder, genauer gesagt, einer Veränderung in der Welt der Erscheinungen abhängt. Denn dass die von einem Menschen vorgenommene Körperbewegung diesen Ursachenbegriff nie und nirgends auszufüllen vermag, darüber kann kein Zweifel bestehen. Wohl mag man darüber streiten, ob eine solche Körperbewegung nur als Eine Bedingung oder vielmehr als ein Komplex von Bedingungen für eine bestimmte Folge-Erscheinung in der Aussenwelt anzusehen ist. Aber alle Bedingungen derselben vereinigt sie sicherlich niemals in sich.[2])

---

anderes besagt auch B. G. B. §§ 827/28. Aber darin, dass das B. G. B. trotz alledem eine Rechtswirkung für den geisteskranken usw. Täter — eben die beschränkte Schadensersatzpflicht nach § 829 — konstituiert, liegt jedenfalls die Anerkennung einer Verursachung des Schadens durch den Täter. Der Unterschied zwischen Verursachung und Verschuldung tritt also gerade hier besonders deutlich hervor. (Vergl. übrigens die weitere Ausführung im Text.)

[2]) Fraglicher mag es erscheinen, ob es ganz korrekt ist, den hier vorläufig zur Seite geschobenen Ursachenbegriff als den philosophischen schlechtweg zu bezeichnen. In der neueren juristischen Literatur über das Kausalitätsproblem ist dies allerdings üblich geworden und der Bequemlichkeit halber glaube ich daher diesem Sprachgebrauche folgen zu dürfen. Aber es kann nicht zweifelhaft sein, dass auch schon in der Philosophie der Begriff der Ursache noch in einem andern Sinn gebraucht wird. So bezeichnet — ganz abgesehen von John Stuart Mill, auf den die heute in der Strafrechtswissenschaft herrschende Meinung sich mit Vorliebe beruft, — u. a. Lotze (Vorlesungen über Metaphysik 1. Aufl., S. 34 ff.), der übrigens ausdrücklich auf den Vorgang Herbarts Bezug nimmt (Metaphysik S. 105) als Ursache auch jede einzelne zu einer gewissen Wirkung mitwirkende Bedingung und unterscheidet diese Ausdrucksweise als eine streng wissenschaftliche, vom Standpunkte der Ontologie geforderte, scharf von noch andern Ausdrucksweisen..... Wenn im vollständigen Gegensatze hierzu Gustav Müller in seiner Abhandlung über „Das Kausalitätsproblem im Strafrecht" (Gerichtssaal Bd. 50, S. 256 ff.) darzulegen sucht, es könne nur einen einzigen Ursachenbegriff geben, so setzt er an Stelle des wirklichen Sprachgebrauchs ein selbstgeschaffenes Sprachideal. So wenig sich leugnen lässt, dass von ein und demselben Begriffe nicht mehrere inhaltlich voneinander abweichende Definitionen zulässig sind, so zweifellos ist es, dass mit demselben Worte sehr verschieden geartete Begriffe sich verbinden lassen. Übrigens gibt dies der

Zum zweiten scheiden wir mit unserer Fragestellung für jetzt jede Untersuchung darüber aus, ob auch Unterlassungen als Ursachen gewisser Folge-Vorgänge bezeichnet werden dürfen. Denn unter den Begriff der Körperbewegung ist eine Unterlassung niemals zu bringen.

Zum dritten endlich erscheint es für unsere Betrachtungen im allgemeinen irrelevant, inwieweit man es für erlaubt erachtet, alle möglichen Vorgänge der Aussenwelt — im Gegensatze zu den von Menschen vorgenommenen, in die Aussenwelt eingreifenden körperlichen Bewegungen — als Ursachen von irgendwelchen Folge-Ereignissen aufzufassen. Auch diese Einschränkung ist für die nachfolgenden Erörterungen stets wohl im Auge zu behalten.

4. Die verschiedenen Ansichten, die bezüglich der Ursachlichkeit der menschlichen Körperbewegungen aufgestellt worden sind, scheiden sich nach einer zwiefachen Hauptrichtung. Auf der

---

Sache nach M. selbst nachträglich zu, wenn er der Ursache im philosophischen Sinne im weitern Verlaufe seiner Abhandlung die Vulgär-Ursache gegenüberstellt und ebenfalls einer näheren Untersuchung unterwirft. Ebensowenig stichhaltig ist, was M. gegen die bisher übliche Definition der Ursache im philosophischen Sinne bemerkt. Indem er S. 260 die Gesamtheit der Bedingungen durch das „Gesamtwirken aller Antecedentien" ersetzen will, verfällt er zunächst in denselben Fehler, den wir soeben schon gerügt haben: Er übersieht nämlich, dass das Wort „Bedingung" gleich dem Worte „Grund" in mehrfachem Sinne, d. h. ebensowohl für ein bestimmtes Verhältnis zwischen Natur- oder Lebensvorgängen, als für ein blosses Gedankenverhältnis gebraucht werden kann. Gleichwie wir Erkenntnisgrund und Entstehungsgrund unterscheiden, wenn wir sie auch beide mit demselben Ausdrucke „Grund" belegen, ganz so müssen wir auch bei dem Ausdrucke „Bedingung" zwischen dieser zwiefachen Bedeutung unterscheiden; und welche hiervon in der Definition des Ursachenbegriffs gemeint ist, liegt auf der flachen Hand. Anderseits folgt aus der letzten Bemerkung, dass für jeden, der überhaupt an ein Wechselwirken alles Seienden glaubt, die Gesamtheit der Bedingungen in der obigen Definition nichts wesentlich anderes bedeutet, als das Gesamtwirken derselben. Wohl aber erscheint es mir umgekehrt nicht korrekt, von Antecedentien statt von Bedingungen zu reden. Denn ganz abgesehen davon, dass der Ausdruck „Antecedentien" ausschliesslich auf das zeitliche Vorhergehen hindeutet, erscheint die Betonung dieses Vorhergehens sogar als teilweise unberechtigt, sofern in Wahrheit mit dem Eintritte aller zur Ursache gehörigen Bedingungen auch unmittelbar die Wirkung gegeben ist, also mindestens die zuletzt eintretende Bedingung der Wirkung nicht zeitlich antecediert.

einen Seite steht die namentlich durch v. Buri zur Herrschaft gelangte Meinung, dass als „Ursache“ schlechthin jede notwendige oder relevante Bedingung anzusehen sei, also natürlich auch jede körperliche Bewegung, ohne deren Vorausgehen der Eintritt des fraglichen Folge-Vorgangs nicht gedacht werden kann.[3]) Der anderen Seite gehören alle übrigen Kausalitätstheorien innerhalb der Rechtswissenschaft an, gleichviel ob sie eine irgendwie näher zu bestimmende Bedingung als Ursache herausheben oder ob sie geradezu einen Gegensatz zwischen Ursachen und blossen Bedingungen behaupten.[4])

---

[3]) Hiermit dürfte das Wesen der „herrschenden Meinung“ in aller Kürze gekennzeichnet sein. Die noch darüber hinausgehende Behauptung Buris, dass jede einzelne notwendige Bedingung in dem gleichen Sinne oder mit demselben Rechte wie die Gesamtheit der Bedingungen Ursache des Erfolges sei, weil jede notwendige Bedingung auch alle anderen zusammen erst zu wirksamen Bedingungen und eben damit das Ganze der Bedingungen zur Ursache mache, ist selbst von den meisten Anhängern der herrschenden Lehre als ein unhaltbares Sophisma erkannt; der blosse Teil eines Ganzen, mag der Bestand des Ganzen auch noch so sehr von ihm abhängen, ist niemals identisch mit dem Ganzen selbst. Vergl. die treffenden Bemerkungen bei v. Brünneck, „Die herrschende Kausalitätstheorie und ihre Stellung zum Reichsstrafgesetzbuch“ (Diss. 1897), S. 32 ff.

[4]) Hierher rechne ich auch die Ansicht M. E. Mayers, aufgestellt in seiner Dissertation „Über den Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht“, Freiburg 1899. Über die den Ausgangspunkt seiner Erörterungen bildende Voraussetzung, dass es „contra naturam scientiae“ sei mehr als Einen Ursachenbegriff anzunehmen, ist dasselbe zu sagen, was wir schon oben (Anm. 2 zu Nr. 3) wider G. Müller bemerkt haben; im weiteren Verlaufe seiner Untersuchung hält er übrigens ebensowenig an seinem Prinzipe fest, wie jener. Beachtenswerter erscheint, dass er die von uns in Übereinstimmung mit der bisherigen Lehre angenommene Fragestellung (s. oben Nr. 3) ausdrücklich verwirft und die Frage vielmehr dahin formulieren will (a. a. O. S. 19): „Wann steht die Willensbetätigung eines Menschen mit dem Erfolg in einem derartigen verursachenden Zusammenhang, dass das Strafrecht ihn berücksichtigen und darum den Erfolg als die Tat dieses Menschen bezeichnen, d. h. ihm objektiv zurechnen muss?“ Allein genauer betrachtet läuft die letztere Fragestellung — abgesehen von einigen Nebenpunkten — auf ganz dasselbe Ziel hinaus, wie die herkömmliche. Allerdings gewinnt es nach der Mayerschen Fassung den Anschein, als wenn die Frage von dem Gebiete des bestehenden Rechts und der Rechtsanwendung hinweg auf das der Gesetzgebungspolitik hinübergespielt werden sollte; ein Anschein, der durch die

Für mein Teil vermag ich keiner dieser Ansichten völlig mich anzuschliessen; die negative Kritik, welche die hervorragendsten Vertreter wechselseitig gegeneinander geübt haben, scheint mir vielmehr grossenteils berechtigt. Zwar soll nicht geleugnet werden, dass alle oder fast alle je und je ein Stück Wahrheit enthalten, das von den Gegnern öfters nicht genügend beachtet wird. Aber es ist eben immer nur ein grösseres oder kleineres Stück. Und dabei leiden sie m. E. an einem gemeinsamen Grundfehler: sie beruhen auf mehr oder weniger unrichtigen Voraussetzungen über Ziel und Fundament der Untersuchung.

Nach meiner Auffassung kann das Ziel der Untersuchung nur ein wesentlich praktisches sein. In dieser praktischen Bedeutung ist das Ziel natürlich auch innerhalb der bisherigen Kausalitätstheorien regelmässig anerkannt worden; aber dies rein praktische Ziel genügt ihnen meist nicht, sondern sie glauben sich noch ein höheres stecken zu müssen. Die Neigung hierzu ist allerdings leicht begreiflich.[5]) Mag es doch auf den ersten Anblick scheinen,

---

nachfolgenden Ausführungen nicht gerechtfertigt wird. Auch müssten wir für unsern Zweck das Wort „Strafrecht" durch den allgemeineren Ausdruck „Recht" ersetzen. Doch das sind, wie schon gesagt, Nebensachen. Ein tiefer greifender Unterschied zwischen der Fragestellung Mayers und der unserigen wird erst herbeigeführt durch die von Mayer u. a. aufgestellte Unterscheidung zwischen Ursache und Verursachung. Gerade diese Unterscheidung aber ist eine durchaus künstlich gemachte. Für jeden Unbefangenen heisst „verursachen" nichts anderes als: die Ursache von etwas sein oder setzen. In dem Begriff der Verursachung ist also stets ein bestimmter Ursachenbegriff vorausgesetzt. Wenn dagegen Mayer behauptet, es gäbe Fälle der Verursachung, wo von dem verursachenden Subjekte keine „Ursache im engern Sinne", sondern eine „blosse" Bedingung gesetzt werde, so beweist das immer nur, dass sein eigener, engerer Ursachenbegriff ein anderer ist als der in dem Ausdrucke „Verursachung" vorausgesetzte.

[5]) Noch mehr: Ich muss offen bekennen, dass ich früher selber dieser Neigung nachgehangen habe, wie meine beiden Besprechungen in den Göttinger gelehrten Anzeigen von 1882 (S. 40 ff. und 340 ff.) zeigen. Zwar habe ich schon damals mich veranlasst gesehen, gelegentlich darauf hinzuweisen, dass das Wort „verursachen", „wo es innerhalb unserer Gesetzgebung auftritt, keineswegs immer im streng wissenschaftlichen, will sagen, naturwissenschaftlich-philosophischem Sinne gebraucht ist" (a. a. O. S. 44). Allein die volle Bedeutung dieser Tatsache habe ich damals noch nicht erkannt, und wenn

als wenn auch unsere obige Fragestellung zu einer solchen Erweiterung des Zieles mit Notwendigkeit führe. Versteht man nämlich unsere Frage dahin, unter welchen Voraussetzungen eine menschliche Körperbewegung unter einen schlechthin allgemeinen Begriff von „Ursache" falle, so handelt es sich in erster Linie natürlich darum, diesen allgemeinen Ursachenbegriff selbst festzustellen. Aber so gemeint ist unsere Frage ganz und gar nicht. Ihr unmittelbarer und einfacher Sinn ist vielmehr der: Unter welchen Voraussetzungen oder in welchen Fällen bezeichnet die Sprache des praktischen Lebens, insbesondere die des Rechts, eine menschliche Körperbewegung als Ursache einer gewissen Folge-Erscheinung? Etwas anders ausgedrückt: Was meint man im gemeinen Leben, namentlich im Rechtsleben, mit dieser Ausdrucksweise?

Mit der letzteren Erläuterung unserer Fragestellung ist sofort auch das Fundament unserer Untersuchung gekennzeichnet: die Quelle, aus der wir die Antwort auf unsere Frage zu schöpfen haben, kann keine andere sein als der Sprachgebrauch des Lebens, oder genauer, sofern es sich um die Bedeutung des Ursachenbegriffs für die Rechtswissenschaft handelt, das positive Recht selbst. Nicht als wenn wir glaubten, dass ein solcher juristischer Sprachgebrauch eine besondere Präsumtion der Wahrheit für sich habe.[6]) Aber für die Rechtsanwendung — und dementsprechend auch für die Rechtswissenschaft, soweit sie es mit irgend einem bestimmten Rechtsinhalt, also mit bestimmten Rechtsnormen zu tun hat, — kommt es überhaupt nicht auf die theoretische

---

ich mich zu jener Zeit mit aller Entschiedenheit an den Grundgedanken Buris anschloss, so lag dies wesentlich an dieser mangelhaften Erkenntnis und der hiermit Hand in Hand gehenden Neigung, das Ziel höher zu fassen.

[6]) Man wird gut tun, in dieser Beziehung über Gesetzgebung und Rechtspflege etwas bescheidener zu denken, als es z. B. Huther (Gerichtssaal Bd. 52, S. 243 ff.) tut. So wenig ich auch in den allzugeringschätzigen Ton über die Sprache des täglichen Lebens einstimmen möchte, wie ihn Kühles (Fragen der Kausalität 1895, S. 26) anschlägt, ja so wenig ich es auch nur für gerechtfertigt halten kann, die Anschauungen des Rechts schlechtweg mit denen des täglichen Lebens zu identifizieren, so zweifellos ist mir, dass die theoretischen Voraussetzungen, auf denen Rechtsnormen beruhen, nicht selten unrichtige, wenn nicht sogar total verkehrte gewesen sind und teilweise noch sind.

Richtigkeit der Voraussetzungen einer Rechtsnorm, sondern einzig darauf an, was wirklich Voraussetzung der betreffenden Rechtsnorm ist. Es ist daher auch völlig gleichgültig, ob der Kausalitätsbegriff, mit dem das Recht operiert, mit einem sonstigen, allgemeineren Kausalitätsbegriffe übereinstimmt oder nicht. So gewiss die theoretische Philosophie und die Naturwissenschaften gar keinen Anlass haben, sich um einen anderen Ursachenbegriff zu bekümmern, als je um ihren eigenen, nach ihren besonderen Bedürfnissen gebildeten oder doch gemodelten, so gewiss darf für den zur Darstellung oder Anwendung des geltenden Rechts berufenen Juristen als solchen kein anderer Ursachenbegriff maassgebend sein, als der vom positiven Recht vorausgesetzte.

Man wird vielleicht einwerfen: Kausalität oder Ursachlichkeit seien nichts spezifisch Juristisches; mithin könne es auch keinen besonderen juristischen Kausalitäts- oder Ursachenbegriff geben. Und für den oberflächlichen Beobachter erhält dieser Einwurf möglicherweise noch einen höheren Schein von Berechtigung durch den Titel unseres gegenwärtigen Abschnitts, wonach darin zunächst bloss von dem Rein-Tatsächlichen am Unrecht die Rede sein soll. Wer indessen die Bemerkungen, die ich hierzu in § 31 vorausgeschickt habe, mit Aufmerksamkeit gelesen hat, wird leicht erkennen, dass es sich in der Tat nur um einen Schein handelt und dass jener Einwurf einen Trugschluss enthält. Richtig ist, dass Kausalität und Verursachung nicht Begriffe sind, die erst als ein Produkt des Rechts anzusehen, also ohne das Recht undenkbar wären. Gerade darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen Verursachung und Verschuldung. Die Verschuldung — soweit sie überhaupt für das Recht, nicht bloss für die Moral in Frage kommt — kann immer nur gedacht werden auf Grund von Rechtsnormen, mit denen das tatsächliche Verhalten eines Menschen in Widerspruch steht; ganz zu geschweigen davon, ob oder wieweit etwa noch eine besondere subjektive Stellung des Handelnden zum Recht selbst hinzutreten muss. Der Gedanke der Verursachung dagegen, auch speziell derjenige, der in einem positiven Rechte Verwendung gefunden hat, ist niemals an dieses positive Recht als Voraussetzung dergestalt gebunden, dass er ohne dasselbe undenkbar oder doch unverwendbar wäre. Er wäre vielmehr auch möglich,

wenn es gar kein positives Recht gäbe, und findet auch in Wirklichkeit Verwendung auf zahllose Vorgänge, die im Rechtsleben entweder keine oder doch eine dem Verschulden völlig entgegengesetzte Rolle spielen. Und eben hierin liegt der zureichende Grund, warum wir das blosse Verursachen eines gewissen Folge-Vorgangs, gleichwie überhaupt das Tun an sich, auch am Unrecht stets nur als etwas Rein-Tatsächliches — von allem, was dem Unrecht seinen eigentlich juristischen Charakter gibt, begrifflich streng zu Sonderndes — auffassen. Allein mit alledem lässt sich doch nimmermehr die Tatsache aus der Welt schaffen, dass alle positiven Rechte irgendwie bestimmte — gelegentlich wohl auch mehrere — Kausalitäts- oder Ursachenbegriffe voraussetzen. Und wenn dem so ist, wenn beispielsweise ein Recht verbietet oder umgekehrt gebietet oder erlaubt, einen gewissen Folge-Vorgang zu verursachen, oder wenn es ein solches Verursachen als Bedingung einer bestimmten Rechtsfolge hinstellt, so kann ebensogewiss kein Zweifel darüber sein, dass dann bei der Rechtsanwendung der gedachte Ausdruck in dem Sinne zu nehmen ist, den das Recht selbst bezw. die Rechts-Produzenten damit verbunden wissen wollen — m. a. W., dass hier die Frage nach dem Begriff der Verursachung zu einer reinen Auslegungsfrage wird.[7])

Im tiefsten Herzensgrunde scheinen übrigens schon die bisherigen Kausalitäts-Theoretiker gelegentlich von ähnlichen Gedanken

[7]) Die Sache liegt also ganz ähnlich wie z. B. auch bei den Begriffen „Beweis" und „beweisen". Auch diese Begriffe sind sicherlich nicht Produkte des Rechts dergestalt, dass sie ohne Recht überhaupt undenkbar wären. Wohl aber bestimmt ausschliesslich das Recht, nicht nur, was bewiesen, sondern auch, wie bewiesen werden soll, d. h. unter welchen Voraussetzungen in Rechtssachen ein Beweis als erbracht anzusehen ist oder nicht. Dass unsere neueste Gesetzgebung grossenteils darauf verzichtet hat, besondere Vorschriften in der letzteren Richtung aufzustellen, spricht nicht für das Gegenteil; wo ein sogenanntes formales oder gesetzliches Beweisrecht besteht, wird kein Jurist dessen Gültigkeit bestreiten, wie sehr es auch mit seiner Erfahrung und wissenschaftlichen Anschauung im Widerspruch stehen mag. Und doch liegen hier für die Wissenschaft weitaus nicht die Schwierigkeiten und z. T. sich widerstreitenden Interessen vor, wie bezüglich der Kausalitätslehre: die Ausdrücke „Beweis" und „beweisen" sind viel eindeutiger, als die Ausdrücke „Ursache" und „verursachen", und die wissenschaftlichen Anschauungen darüber ungleich gesicherter, als die über die letzteren Begriffe.

oder doch Gefühlen geleitet zu werden. So wenig sie selbst sich dies eingestehen werden,[8]) so sicher spricht dafür die Art, wie sie in zahllosen Fällen den Beweis für ihre Behauptungen zu führen suchen: die immer wiederkehrende Berufung nämlich auf gewisse Beispiele, über deren praktische Beurteilung unter Juristen volle Übereinstimmung herrscht. Von unserem Standpunkte aus ist natürlich gegen eine solche Berufung gar nichts zu sagen. Wo in einem konkreten Falle die Anwendung oder Nichtanwendung eines Rechtssatzes oder genauer: das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Kausalität im Sinne eines bestimmten Rechtssatzes mit unmittelbarer Evidenz aus Wort oder Geist des Rechts sich ergibt, da würde der Richter geradezu rechts- und pflichtwidrig, der theoretische Jurist aber unwissenschaftlich handeln, wenn er einem von anderswo hergeholten Begriffe zuliebe, mit dem jener Rechtssatz nur scheinbar operiert, eine abweichende — jener unmittelbaren Evidenz zuwiderlaufende — Entscheidung treffen wollte. Wer dagegen nur einen einzigen Ursachenbegriff anerkennen und demgemäss konsequent auch da zur Verwendung bringen will, wo irgend das Recht von Verursachung redet, der muss jede Berufung auf unmittelbar evidente Beispiele von vornherein mit dem alten Satze abweisen: Exempla illustrant, non demonstrant.

---

[8]) Eine Ausnahme macht Lammasch, indem er (in Grünhuts Zeitschrift f. d. Privatrecht und öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. IX, S. 288 f.) offen ausspricht: „Den Sprachgeist in seinem geheimsten Weben zu belauschen, ist in dieser wie in anderen Beziehungen Voraussetzung einer dem Rechtsgefühle genügenden Justiz. Über die Denkweise, welche in der Sprache lebt, in der wir denken und in die wir unser Fühlen umsetzen, vermögen die subtilsten logischen Untersuchungen nicht hinauszugelangen. Analyse dessen, was wir und Alle denken, wenn wir ein Ereignis mit einem Namen bezeichnen und ihn einem anderen Ereignisse versagen, wird uns in dieser Frage wie in anderen sicherer zum Ziele führen, als Spekulationen über den Kausalbegriff und fruchtlose, ewig versagende Bemühungen, einen allgemeinen für das Strafrecht oder für das Recht überhaupt brauchbaren Begriff der Einzelursache zu gewinnen." Ja, Lammasch geht so weit, die Behauptung Schützes als wahr anzuerkennen (a. a. O. S. 293), dass „rechtswissenschaftliche Untersuchungen über den Begriff der Ursache . . für die Rechtswissenschaft keine unmittelbare Ausbeute versprechen".

Eine Mittelstellung zwischen diesen beiden gegensätzlichen Standpunkten ist unhaltbar.[9])

Mit alledem soll jedoch keineswegs abgelehnt werden die Vergleichung zwischen den vom positiven Rechte und überhaupt im praktischen Leben vorausgesetzten Begriffen von „Ursache", „verursachen" usw. und den gleichbenannten Begriffen in der Philosophie und in den Naturwissenschaften. Im Gegenteil, ich gebe gern zu, dass eine solche Vergleichung auch für die Rechtswissenschaft ganz erspriesslich sein kann. Zwar glaube ich vorläufig nicht daran, dass sich daraus eine dringende Anregung für uns ergeben sollte, auf eine Umbildung des juristischen Sprachgebrauchs hinzuwirken; die Verschiedenheit der Interessen, die für

[9]) Beiläufig bemerkt ist diese unsere Auffassung auch von maassgebender Bedeutung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision: nur von diesem Standpunkte aus kann eine Entscheidung, die auf irrigen Vorstellungen über allgemeine Voraussetzungen des Kausalzusammenhanges beruht, als Verletzung einer Rechtsnorm gelten. Vergl. Birkmeyer, „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht", Anm. 3 a. E. (Gerichtssaal 1885, Bd. 37, S. 281 f.). Anderseits wird die Revision zweifellos nicht ausgeschlossen durch C. P. O. 287 (260); denn wenn auch danach die Frage, ob ein Schaden entstanden, und damit notwendig auch die, ob ein Kausalzusammenhang im konkreten Falle vorliege, wie schon an sich selbstverständlich, als Tatsache anzusehen ist, so sind doch dadurch sicherlich nicht die allgemeinen Begriffe „Schaden" und „Kausalzusammenhang" der rechtlichen Beurteilung entzogen, wie denn solche vielmehr in zahlreichen auf Revision ergangenen Erkenntnissen insbesondere des Reichsgerichts wirklich geübt worden ist. Und was nicht minder wichtig ist: nur diese Auffassung der Sache macht es dem Vorsitzenden des Schwurgerichts möglich, Erörterungen über die Kausalitätsfrage in seine Rechtsbelehrung aufzunehmen. Man darf hiergegen auch nicht etwa einwenden: gerade die Schwierigkeit dieser Aufgabe lasse es als besser erscheinen, wenn die Geschworenen ihrem natürlichen Gefühle überlassen würden. Dies möchte allenfalls zutreffen, wenn zu einer solchen Rechtsbelehrung unbedingt eine bestimmte Definition des Ursachenbegriffs von ganz allgemeiner Art gehörte. Allein diese Rechtsbelehrung kann auch in anderer, geeigneterer Weise, etwa nach dem Vorbilde der englischen Praxis, gegeben werden, nämlich: positiv, indem man die Voraussetzungen für die Bejahung der den Begriff der Verursachung verwendenden Frage zwar nur hypothetisch, aber im unmittelbaren Anschluss an den konkreten Tatbestand auseinandersetzt; negativ, indem gewisse, nach der Anschauung der heutigen Rechtswissenschaft entschieden unrichtige Auffassungen über das Erfordernis der Kausalität zurückgewiesen werden.

die Begriffsbildung auf den verschiedenen Gebieten des Geisteslebens maassgebend sind, ist hierzu viel zu gross.[10]) Wohl aber kann eine solche Vergleichung vielleicht dazu dienen, die in jedem Gebiete herrschende Anschauungsweise und Redeweise und

[10]) Es ist ja zweifellos richtig, wenn Huther („Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts", 1893, S. 3f.) bemerkt: „Die Kausalität, welche dem Geschehen in der objektiven Welt zu Grunde liegt, ist von dem Standpunkte, von dem aus sie erfasst wird, ganz unabhängig, sie ist dieselbe, ob man ihr geschichtliche oder ethische, naturwissenschaftliche oder philosophische, oder rechtliche Bedeutung beilegt. Die Folge der Dinge in der Welt ist nicht eine andere, sobald es sich um Tatsachen oder Ereignisse handelt, welche zur Anwendung der strafrechtlichen Normen führen, als die, sobald sonstige Gesichtspunkte sich ergeben. Ist aber objektiv die Kausalität sich stets selber gleich, so kann sich auch ihre Erkenntnis nicht verschieden gestalten, noch die Anwendung der Kausalitätsbegriffe wechseln, je nach dem Gebiete, für welches die Kausalität in Betracht kommt. Die Wahrheit ist nur Eine." Allein ebensogewiss können wir diese Eine Wahrheit, d. h. die ganze und volle Wahrheit, nicht von einem einzelnen Standpunkte aus, sondern im günstigsten Falle nur durch Betrachtung von verschiedenen Standpunkten aus wahrhaft erkennen. Da nun jede Wissenschaft bei der Erforschung der Wahrheit, zumal bei der heutigen wissenschaftlichen Arbeitsteilung, regelmässig ein besonderes Interesse verfolgt oder m. a. W. je von ihrem besonderen Standpunkte aus nur die eine oder die andere Seite der Wahrheit ins Auge fasst, so tritt uns auch die wissenschaftliche Erkenntnis in Wirklichkeit fast niemals in jener von Huther postulierten, idealen Einheitlichkeit, sondern fast immer nur bruchweise — eben je nach dem Interesse der betreffenden Sonderwissenschaft — entgegen, und es kann daher nicht wundernehmen, dass auch die gleichen Begriffsbezeichnungen innerhalb der verschiedenen Gebiete in teilweise verschiedenem Sinne gebraucht werden. Dies gilt in unserm Falle selbst von der Philosophie, sofern sie zunächst als rein theoretische Philosophie oder, genauer gesagt, als Ontologie auftritt. Vom ontologischen Standpunkte aus interessiert an und für sich nur die Tatsache, dass jede Veränderung in der Welt ihre notwendige Ursache hat und dass diese notwendige Ursache niemals in einer einzigen, sondern immer nur in einer Mehrheit zusammenwirkender Bedingungen gefunden werden kann. Da es nun verschiedene Grade der Notwendigkeit schlechterdings nicht gibt, so verfährt die Ontologie nur konsequent, wenn sie den Titel „Ursache" — sofern sie ihn überhaupt von der Gesamtheit auf die einzelnen Bedingungen, also vom Ganzen auf den Teil überträgt, — völlig gleichmässig jeder notwendigen, mitwirkenden Bedingung zuerkennt. Auf wesentlich anderem Boden bewegt sich schon die Naturwissenschaft. Aus dem Gedanken heraus, dass es ihre Aufgabe sei, die Gesetze des Naturwirkens im einzelnen und zwar, wo irgend möglich, durch eine mathematische Formel festzustellen, erklärt es

so insbesondere auch die Begriffsbildung des praktischen Lebens besser zu verstehen. Ja, es erscheint mir sogar angezeigt, zu diesem Zwecke bei unserer nächstfolgenden Betrachtung von dem Ursachenbegriff der Philosophie auszugehen.

---

sich leicht, dass sie als Ursache mit Vorliebe diejenigen Bedingungen kennzeichnet, welche Form und Maass der Wirkung bestimmen. So erscheint ihr als Ursache der Explosion das Pulver, der zündende Funke nur als auslösende Bedingung. Daneben kommt freilich gelegentlich auch umgekehrt die Verwendung des Ausdrucks „Ursache" speziell für die letzte Bedingung vor, mit deren Eintritt für die naive Vorstellung von den Dingen der Eintritt der Wirkung am unmittelbarsten verknüpft ist. Und darum ist es nur zu begreiflich, dass gerade einige der hervorragendsten Naturforscher unserer Tage, wie Kirchhoff, Mach, Heinrich Hertz, den Kausalitätsbegriff als „unklar", „verschwommen und vieldeutig" völlig beiseite geschoben haben. (Vergl. Reinke, „Mechanik und Biologie", in der Deutschen Rundschau 1901/02, Bd. 1, S. 458.) Anderseits liegt auf der Hand, dass die Jurisprudenz sich in keinem Falle auf den letzteren Standpunkt stellen kann; schon darum nicht, weil das positive Recht unausgesetzt, teils ausdrücklich, teils wenigstens stillschweigend den Begriff der Ursache bezw. der Verursachung voraussetzt. Um so mehr jedoch dürfen oder vielmehr müssen wir uns stets gegenwärtig halten, dass für das Rechtsleben wie überhaupt für das praktische, d. h. im Handeln sich manifestierende Leben, im Vordergrunde der Betrachtung die menschliche Tätigkeit und ihr Eingreifen in die Welt der Erscheinungen steht. Wo daher in der Rechtswissenschaft der Ausdruck „Ursache" uns entgegentritt, da erscheint er regelmässig bezogen auf irgendwelches menschliche Verhalten. Allerdings nicht immer in gleicher Weise. Manchmal, namentlich in streng theoretischen Erörterungen, fassen wir dieses menschliche Verhalten nicht für sich allein, sondern nur in Gemeinschaft mit allen anderen mitwirkenden Bedingungen eines gewissen Erfolges als „Ursache" auf. Das will sagen: Wir verwenden hier denselben Ursachenbegriff, den wir oben als philosophischen bezeichnet haben. Immerhin wird es in solchen Fällen angemessen sein, diese Gebrauchsweise besonders anzudeuten, wie ich z. B. die Erörterung über Simultaneität von Rechtsgeschäfts-Vollendung und Rechtsgeschäfts-Folge (§ 25, Nr. 2, Bd. II, S. 224) mit den Worten eingeleitet habe: „Wenn wir unter Ursache die Gesamtheit der Bedingungen verstehen, von welchen die Existenz einer gewissen Tatsache abhängt, usw." Denn genauer betrachtet bildet diese Gebrauchsweise für den Juristen doch eine Ausnahme. In der Regel, insbesondere wo in der Gesetzgebung oder der juristischen Praxis der fragliche Terminus auftaucht, und entsprechend auch in der Wissenschaft, soweit sie es unmittelbar mit bestimmten positiven Rechtsnormen und mit praktischer Rechtsanwendung zu tun hat, verstehen wir unter „Ursache" fast immer eine bestimmte, durch ein menschliches Verhalten verwirklichte oder wenigstens als verwirklicht gedachte Bedingung. Was das Charakteristische dieser besonderen

5. Man hat nicht mit Unrecht bemerkt, dass der „philosophische Ursachenbegriff“ — Ursache = Gesamtheit der zu einer Folge-Erscheinung zusammenwirkenden Bedingungen — schliesslich seine vollständige Realisierung nur finde in einer ganz einzigartigen Realität: in einem schlechthin absoluten Wirken. Nach christlicher Anschauung ist hiernach die eigentliche Ursache alles Geschehens die Tätigkeit Gottes als Schöpfers und Regierers der Welt. Dieser Anschauung entspricht auch sehr wohl die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Ursache“. Die Vorsilbe „ur“ enthielt zunächst zweifellos einen Hinweis auf den Anfangspunkt eines gewissen Seins oder Geschehens;[11]) nur der Bedeutungswechsel, der sich im Laufe der Zeit und zwar hier, wie fast überall, in der Richtung auf Verflachung der anfänglichen Bedeutung vollzogen hat, lässt uns dies jetzt meistens übersehen.

Auf den ersten Anblick mag es scheinen, als wenn durch eine solche Betonung der äussersten Konsequenz des philosophischen Ursachenbegriffs dieser letztere in eine Höhe und Ferne hinausgerückt werde, die eine Vergleichung mit anderen Ursachenbegriffen und so insbesondere mit dem des praktischen Lebens von vornherein ausschliesse. Bei näherer Betrachtung jedoch tritt uns aus der Masse der Erscheinungen eine umfassende Gruppe entgegen, die in der Tat, wenn auch natürlich in unendlicher Abschwächung, eine eigentümliche Ähnlichkeit mit der göttlichen Tätigkeit zeigt: das Tun der Menschen. Wir dürfen uns für diesen Vergleich schon auf die biblische Anschauung vom göttlichen Ebenbilde berufen; zum mindesten kann sie uns schützen vor dem Vorwurfe, dass

---

Bedingung ist, was sie für den Juristen zur Ursache macht, kann — wie schon oben gesagt — ausschliesslich aus dem positiven Rechte und dem praktischen Rechtsleben heraus entschieden werden und wird demgemäss den Gegenstand unserer weiteren Untersuchung bilden. Ob der sich hierbei herausstellende Sprachgebrauch mehr oder minder abweicht von dem der Philosophie und der Naturwissenschaften, muss im allgemeinen als gleichgültig erachtet werden; Rechtsleben und Rechtswissenschaft haben denselben Anspruch darauf, sich nach ihren eigenen Bedürfnissen den geeignetsten Sprachgebrauch zu schaffen, wie jene anderen Wissenschaften.

[11]) In ähnlicher Bedeutung gebraucht schon die griechische Philosophie die Ausdrücke *ἀρχή*, *ἀρχαί*, *στοιχεῖον* und *αἴτιον*. Vergl. die Citate aus Aristoteles bei Kühles, Fragen der Kausalität, S. 11, Anm. 8.

unser Vergleich auf Menschenvergötterung hinauslaufe. Genauer gesagt aber ist es zweierlei, was uns berechtigt, das menschliche Tun als ein — wie tief auch immer stehendes — Analogon zum göttlichen anzusehen.

Fürs erste ist es die geistige Natur des Menschen, die uns alle wirklich oder scheinbar auf ihr beruhenden Bewegungen des menschlichen Körpers als ebensoviele Anfangspunkte eines Geschehens, wenn auch stets bloss in äusserst beschränktem Umfange, erscheinen lässt. Ich sehe hier vorläufig ganz von der Frage nach der Willensfreiheit ab. Wohl wird durch deren Bejahung der vorgedachte Eindruck noch verstärkt; aber auch der strenge Determinist, sofern er nur nicht Materialist ist, wird nicht leugnen, dass die menschliche Körperbewegung das Eingreifen des Geistes in das Naturleben vermittelt, m. a. W. ein Element in die Aussenwelt einführt, das seinerseits nicht als ausschliessliches Produkt aussenweltlicher Bedingungen angesehen werden kann.

Das andere Moment, das hier in Betracht kommt, ist speziell der menschliche Verstand oder genauer die Fähigkeit, die Folgen des eignen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade voraussehen und demgemäss auch die zur Herbeiführung gewisser bestimmter Ereignisse erforderlichen Mittel ergreifen zu können.[12]) Eine menschliche Körperbewegung ist freilich auch denkbar ohne solches Voraussehen und Berechnen. Allein wo das letztere vorhanden ist, erhält dadurch die Körperbewegung von vornherein eine eigentümliche Beziehung auf den Erfolg, wie sie eben nur ihr eigen, allen andersartigen Bedingungen dieses Erfolges fremd ist. Ja, dieser Eindruck der Eigenartigkeit, wie er den menschlichen Körperbewegungen anhaftet, ist so stark, dass er selbst dann noch bis zu einem gewissen Grade sich geltend macht, wenn von einem

---

[12]) Ich brauche wohl kaum besonders zu bemerken, dass ich hier nicht daran denke, den „Verstand" oder gar die noch spezieller gefasste „Fähigkeit des Voraussehens" als ein selbständiges Geistesvermögen im Sinne der älteren Psychologie hinzustellen; es kommt mir einzig darauf an, an dieser Stelle — neben dem vorher betonten Gegensatz zwischen Geisteswelt und Aussenwelt — noch besonders diejenige Form unserer Geistestätigkeit hervorzuheben, vermöge welcher unseren Körperbewegungen von vornherein eine eigentümliche Richtung auf bestimmte Erfolge innezuwohnen scheint.

wirklichen Voraussehen und Berechnen der Folgen gar nicht die Rede sein kann.

Mit diesen beiden Gesichtspunkten [13]) sind m. E. die Wurzeln des juristisch-praktischen Ursachenbegriffs gegeben. Von dem ersten Gesichtspunkte aus ergibt sich bereits die Sonderung der auf Willensakte wirklich oder scheinbar zurückzuführenden Körperbewegungen von allen anderen Arten von Bedingungen, auf denen eine Folge-Erscheinung beruht; desgleichen die Notwendigkeit, die psychische Kausalität, soweit überhaupt von einer solchen die Rede sein kann, von der physischen scharf zu unterscheiden. Von dem zweiten Gesichtspunkte aus erhalten nicht nur die letzterwähnten beiden Konsequenzen eine weitere Bestätigung, sondern es eröffnet sich auch die Möglichkeit, einesteils einen subjektiven Endpunkt für das Wirken jener einzigartigen Bedingungen — der Körperbewegungen als Ursachen — zu gewinnen, andernteils den Begriff der Verursachung sogar auf rein psychische Vorgänge im Hinblick auf ihre Beziehung zu gewissen der Zeit nach späteren Ereignissen der Aussenwelt auszudehnen.

Es fällt mir natürlich nicht ein zu meinen, dass mit den bezeichneten beiden Gesichtspunkten und den daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen schon ein fester Ursachenbegriff für die Rechtswissenschaft gegeben sei; dies stünde ja auch im Widerspruch mit unserer Forderung, dass der juristisch-praktische Ursachenbegriff schliesslich nur aus dem positiven Rechte und dem Rechtsleben heraus geschöpft werden könne. Nein. Wie viele und wie verschieden geartete Stämme aus jenen beiden Wurzeln herausgewachsen sind oder unter Umständen herauswachsen könnten, das sind in der Tat Fragen, die nur aus dem positiven Rechte

[13]) Wesentlich dieselben beiden Gesichtspunkte — wenn auch in etwas anderem Zusammenhange — hat auch Sigwart in seiner Abhandlung über den „Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache" (Kleine Schriften, II, S. 115 ff., insbes. 183 f. und 189) mit Entschiedenheit geltend gemacht. Überhaupt halte ich diese Abhandlung noch immer für das Beste, was über die schon durch ihren Titel angedeuteten Fragen in neuerer Zeit geschrieben worden ist. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass man nicht in manchen Punkten abweichender Meinung sein könnte. Vergl. z. B. unsere Ausführungen in § 21, Nr. 1, Anm. 2 ff. (Bd. II, S. 48 ff.); desgleichen unten Nr. 12—15.

und den Bedürfnissen des Lebens heraus beantwortet werden können. Immerhin aber mögen uns die vorstehenden Erörterungen als eine Art Wegweiser dienen, wenn wir jetzt versuchen, den Ursachenbegriff des positiven Rechts selbst, genauer unseres heutigen deutschen Rechts,[14]) klar zu stellen.

6. Das Wort „Ursache" kommt in unseren Gesetzen fast gar nicht vor; sogar das Verbum „verursachen" tritt darin verhältnismässig selten auf. Es wird natürlich niemand einfallen, aus solchen seltenen Stellen allein den Ursachenbegriff unseres positiven Rechts erschliessen zu wollen. Sind wir doch — wie schon in Nr. 2 bemerkt wurde — gewohnt, die kausale Beziehung einer gewissen Folge-Erscheinung zu der sie herbeiführenden menschlichen Körperbewegung sogleich mit der letzteren zusammen durch ein einziges Wort wiederzugeben. Überall daher, wo Rechtsnormen ein derartiges, ganz oder doch hauptsächlich nach der Folge bestimmtes Tun verbieten oder gebieten, als erlaubt erklären oder als Bedingung einer Rechtsfolge hinstellen, ist auch ein bestimmter Ursachenbegriff stillschweigend vorausgesetzt.

Dass in allen diesen Fällen die Körperbewegung nur insoweit als Ursache erscheint, als sie eine notwendige, wirksame Bedingung für den Folge-Vorgang darstellt, also eine Bedingung, ohne deren

[14]) Es spricht allerdings eine starke Vermutung dafür, dass auch andern positiven Rechten, namentlich der Gegenwart, wesentlich die gleichen Vorstellungen über die Ursachlichkeit menschlichen Verhaltens oder doch mindestens sehr ähnliche zu Grunde liegen. Die Möglichkeit einer abweichenden, ja einer erheblich verschiedenen Auffassung ist jedoch nicht zu bestreiten; in Einzelpunkten, wie sie sich bei der weiteren Ausgestaltung der Grundgedanken ergeben, ist eine solche sogar mit Sicherheit anzunehmen. Wenn ich trotzdem die nachfolgenden Betrachtungen im Rahmen einer juristischen Prinzipienlehre anstelle und mich nicht darauf beschränke, wie schon in Nr. 2 geschehen, auf die zwei verschiedenen Arten der näheren Bestimmung eines Tuns (oder Unterlassens) hinzuweisen, so liegt die Rechtfertigung hierfür einesteils in dem Bedürfnis, die zweite Art jener näheren Bestimmung — die Bestimmung durch die Folge des Tuns (oder Unterlassens) — durch Beispiele aus dem wirklichen Rechtsleben zu illustrieren, andernteils in der Erwägung, dass der zu untersuchende Sprachgebrauch und die in ihm sich offenbarenden Anschauungen doch nicht dem Rechte ausschliesslich, sondern überhaupt dem gesamten praktischen, d. h. auf irgendwelches menschliche Handeln oder Wirken gerichteten Leben und Vorstellen angehören.

Eintritt auch der Eintritt der Folge nicht gedacht werden kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Insoweit stimmen das positive Recht und überhaupt das praktische Leben mit der Anschauung der theoretischen Philosophie überein. Allein ebensogewiss lassen sie sich an diesem Resultate nicht genügen.[15]) Überall, wo wir das Verhältnis von Ursache und Wirkung mit einer einfachen Verbalform ausdrücken und damit als in einem bestimmten Tun enthalten kennzeichnen, da kennzeichnen wir hierdurch auch die den äusseren Anfangspunkt des Tuns bildende Körperbewegung in einem ganz besonderen, zu allen anderen Bedingungen gegensätzlichen Sinne als Ursache der den Endpunkt des Tuns bezeichnenden Wirkung. Mag man über die Berechtigung dieser Auffassung

---

[15]) Es gibt unzählige notwendige Bedingungen, die in der Gesetzgebung und im praktischen Leben sicherlich niemals als Ursachen oder auch nur Mit-Ursachen angesehen werden. So sind z. B. Zeugung und Geburt zweifellos notwendige Bedingung der Existenz eines Menschen und damit zugleich notwendige Bedingung (condicio sine qua non) für alles, was von und an diesem Menschen vorgenommen wird. Und doch wird es keinem Unbefangenen einfallen, hier von Ursachen oder Teilursachen zu reden, z. B. die Geburt des A als Ursache des von ihm oder gar des an ihm verübten Mordes zu bezeichnen. Wer dies trotzdem fertig bringt und die Opposition gegen eine solche Prädizierung auf eine blosse Verwechselung von Verursachung und Verschuldung zurückführen möchte, der verfährt allerdings vom Standpunkte der herrschenden Kausalitätsdoktrin aus nur konsequent. Aber ebensogewiss tritt er damit in offensichtlichen Gegensatz zum Sprachgebrauch des gemeinen Lebens und des Rechts insbesondere. Auch der letztere kennt eine Verursachung ohne Schuld, z. B. durch ein Tun im Zustande der Bewusstlosigkeit oder im Irrtum über wesentliche Umstände, sowie durch alle Arten rechtmässigen und rechtlich irrelevanten Tuns; Beweis genug, dass ihm der Unterschied zwischen Verursachung und Verschuldung nicht fremd ist. Trotzdem wird er die Fälle der obigen Gattung nie und nimmer als Verursachung ohne Schuld rubrizieren. Wer dagegen solche Fälle überhaupt einfach beiseite schiebt, weil sie das Kausalitätsproblem praktisch in der Tat nicht berühren, der trifft damit stillschweigend eine Auswahl unter den notwendigen Bedingungen, wie dies nach dem Grundgedanken der herrschenden Theorie durchaus unzulässig erscheint. Tatsächlich stellt er sich also auf denselben Standpunkt des praktischen Lebens, von dem wir bei unseren gegenwärtigen Erörterungen ausgehen. Auch Lammasch in seiner Abhandlung über „Handlung und Erfolg" (in Grünhuts Zeitschrift, Bd. IX) hat dies getan, wenn er dort S. 249 bemerkt: „Eine wirkliche Beschränkung der Möglichkeit, Antecedentien eines Ereignisses als dessen Ursache hervorzuheben, ergibt sich aus der besonderen Art der Formulierung

denken, wie man will, die Tatsache selbst wird kein Unbefangener bestreiten.

Eine zureichende Erklärung für diese Tatsache aber bieten uns die in Nr. 5 angestellten Erwägungen. Von beiden dort hervorgehobenen Gesichtspunkten aus erscheint die menschliche Körperbewegung in ihrer Beziehung auf die von ihr bedingten Folgen als ein quasi-schöpferischer Akt, mit dem alle anderen Bedingungen der durch ihn erzeugten Wirkung — abgesehen von der gemeinsamen Eigenschaft der Notwendigkeit für das Zustandekommen der letzteren — völlig unvergleichbar sind. Einmal nämlich ergibt sich schon aus dem allgemeineren Gesichtspunkte der geistigen Natur des Menschen und deren Bedeutung für die Vornahme von Körperbewegungen, dass jede Körperbewegung, die nach Eintritt

---

jener Frage, auf welche die Benennung der Ursache die Antwort sein soll. Wenn im praktischen Leben nach der Ursache eines konkreten Ereignisses gefragt wird, so fasst man diese Frage auf als die nach der Verursachung der Veränderung an einem Substrate, an einem Dinge, vermöge welcher dieses Ding, welches bisher unsere Sinne in solcher Weise affizierte, dass man ihm gewisse Eigenschaften zuschrieb, nunmehr unsere Sinne in anderer Art affiziert, so dass wir ihm nun auch andere Eigenschaften zuschreiben und es wohl auch unter einem anderen Begriffe denken und mit einem anderen Namen bezeichnen. . .“ Es ist ja gewiss richtig, wenn Lammasch, von dieser Voraussetzung geleitet, dann weiter deduziert: „derjenige, der, nach der Ursache des Todes des Johann Maier gefragt, dessen Eltern oder den Akt seiner Erzeugung und Geburt als Ursache nennen würde, hätte die an ihn gerichtete Frage nicht in jenem Sinne, in welchem sie an ihn gestellt war, beantwortet. „„Johann Maier““ und „„die Erzeugung und Geburt des Johann Maier““ wären allerdings richtige Antworten nach den Antecedentien der Existenz des Leichnams des Johann Maier; diese Angaben sind aber keine richtigen Antworten auf die Frage nach der Ursache dafür, dass das Substrat der von Johann Maier ausgesagten Phänomene aus dem Zustande des Lebens in den des Todes überging.“ Allein so richtig diese Deduktion ist, so gewiss erscheint hier schon in der Fragestellung der Ausdruck „Ursache“ nicht in dem allgemein philosophischen oder ontologischen Sinne genommen, wie dies dem Grundgedanken der herrschenden Theorie entsprechen würde, sondern in einer engeren Bedeutung, die — wie Lammasch selbst sagt — auf bestimmte Voraussetzungen des praktischen Lebens sich gründet. Dass übrigens auch dieser engere Ursachenbegriff immer noch erheblich zu weit ist (will sagen: an unserem positiven Rechte gemessen!), wird sich aus den nachher in Nr. 8 anzustellenden Erörterungen ergeben.

und Form wesentlich von dieser geistigen Natur abhängig ist, einen deutlich hervortretenden Anfangspunkt für eine Reihe von Vorgängen in der Aussenwelt darstellt, deren sonstige Bedingungen im allgemeinen gar nicht als solche Anfangspunkte gelten können, weil sie ihrerseits sämtlich auf physischen, also bereits der sinnlichen Erscheinungswelt angehörigen Bedingungen beruhen. Anderseits lässt die Möglichkeit des Voraussehens und des Vorausberechnens die von einem dergestalt befähigten Subjekte gesetzte Bedingung, wie sie in der menschlichen Körperbewegung in der Regel vorliegt, auch ihrer Wirksamkeit nach im Vergleich mit allen sonstigen Bedingungen als eigentümlich geartet erscheinen; denn während an und für sich alles, was wir sonst Bedingung einer Wirkung nennen, nur ganz allgemeinhin zu einer bestimmten Art von Wechselwirken mit allen anderen berufen und befähigt ist, erscheint die Körperbewegung, als vom Menschengeiste gesetzte Bedingung, zugleich speziell zugeschnitten auf ein Zusammenwirken mit bestimmten anderen Bedingungen in einem konkreten Falle.

Am deutlichsten tritt diese Eigenartigkeit, die man immerhin — im Gegensatz zu der objektiven oder, besser gesagt, ontologischen Gleichwertigkeit mit allen andern Bedingungen — als eine bloss subjektive oder praktische charakterisieren mag,[16]) überall da hervor,

---

[16]) Damit soll nicht gesagt sein, dass ich die Annahme einer objektiven Verschiedenwertigkeit der verschiedenen Bedingungen für den Erfolg schlechterdings verwerfe. Vielmehr erscheinen mir die Ausführungen Thyréns (Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie I, S. 9—14) über den verschiedenen Zusammenhangsgrad der Erscheinungen und der hieraus sich ergebenden Verschiedenwertigkeit der einzelnen Bedingungen einer Wirkung — trotz der ontologischen Gleichwertigkeit, d. h. trotz der gleichen Notwendigkeit aller — der vollsten Beachtung würdig. Nur tragen sie leider, wie Thyrén selbst durch seine weiteren Erörterungen bestätigt, gar nichts zur Lösung unserer gegenwärtigen Aufgabe bei. Anderseits vermag ich den Versuchen, wie sie neuerdings u. a. von Richard Horn („Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht", 1893) im Anschluss an Schopenhauer oder von Arnold Horn („Kausalitäts- und Wirkensbegriff usw.", Gerichtssaal Bd. 54, S. 319 ff., insbesondere 330 ff.) im Anschluss an W. Wundt unternommen worden sind, um den Unterschied zwischen Veränderungen und Zuständen oder zwischen aktueller Bewegung und latenter Bewegungskraft zur Grundlage einer allgemeiner durchgreifenden Unterscheidung zwischen Ursachen und blossen Bedingungen zu machen, meinerseits nicht zuzustimmen. Insbesondere ist es

wo die menschliche Körperbewegung mit der bewussten Absicht vollzogen wurde, im Zusammenwirken mit bestimmten anderen Bedingungen durch sie einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, und sodann in voller Übereinstimmung hiermit auch wirklich der Erfolg eingetreten ist. Dass in einem solchen Falle eine Art schöpferischer Tätigkeit vorliegt und dass demgemäss die den Erfolg bedingende menschliche Arbeit hier in einem ganz anderen Sinne als Ursache dieses Erfolgs anzusehen ist, wie die sonstigen dazu mitwirkenden Bedingungen, das erkennen wir bei Werken der Kunst regelmässig ganz offen an, auch wenn die Zahl der mitwirkenden Bedingungen, auf welche z. B. der Bildhauer oder Architekt rechnen muss, eine noch so grosse ist. Und in ähnlicher Weise pflegen wir auch auf anderen Gebieten von Schöpfungen der Menschen zu reden, sofern ihre Taten verdienstliche und die Erfolge dauernde waren. Der Sache nach muss dasselbe gelten, wenn die Tat nicht zu billigen und der Erfolg bloss ein vorübergehender ist. Die längere oder kürzere Dauer des Erfolgs ist für die Frage nach dem Zustandekommen des letzteren gerade so irrelevant, wie irgendwelches rechtliche, moralische oder ästhetische Werturteil über das den Erfolg herbeiführende menschliche Verhalten. Das für unsere gegenwärtige Erörterung Charakteristische an allen vorerwähnten Fällen besteht einzig darin, dass die Vorstellungen von sämtlichen erheblichen Bedingungen des Erfolgs zunächst im Geiste vereinigt erscheinen und dadurch für den handelnden Menschen die Möglichkeit gegeben ist, deren reale Auslösung durch ein bestimmtes äusseres Verhalten zu bewirken, m. a. W. alles, was ausser den eignen körperlichen Bewegungen zum Eintritt des

---

mir mehr als zweifelhaft, ob die Anschauungen des Letztgenannten über Naturkausalität wirklich zur Zeit innerhalb der Naturwissenschaft die herrschenden sind. (Vergl. oben Anm. 10.) Dazu kommt, dass beide Autoren den zuerst von ihnen allgemeinhin oder doch für die Naturwissenschaft aufgestellten Ursachenbegriff schliesslich für das Recht nicht streng festzuhalten vermögen. (Vergl. unten Nr. 9.) Und darum wollen wir es auch keinem verargen, wenn er den von uns gewonnenen Ursachenbegriff des Rechts nur als einen subjektiven, rein praktischen ansieht; unser Zweck ist vollständig erreicht, wenn dieser subjektive, möglicherweise sogar innerhalb desselben Rechts bisweilen variierende Begriff nur wirklich unserm positiven Rechte und damit den Bedürfnissen unseres praktischen Lebens entspricht.

Erfolgs erforderlich ist, durch die geeignete Gestaltung jenes eigenen körperlichen Verhaltens sozusagen in Dienst zu nehmen.[17]) Freilich liegt dies Charakteristische nun, streng genommen, nicht

[17]) Hierher gehört natürlich auch die Beseitigung oder Überwindung aller Hindernisse, die im gedachten Falle dem Erfolge entgegensteht. Will man diese Hindernisse — so lange sie als solche wirken — mit dem Titel „abhaltender Faktoren" belegen und im Gegensatze dazu die dem Erfolge günstigen Umstände und Vorgänge, mit denen der den Erfolg Erstrebende rechnen kann, als fördernde Faktoren bezeichnen, so ist hiergegen kaum etwas einzuwenden. Wohl aber muss ich es für unzulässig und irreführend halten, wenn man nach dem Vorgange Bindings von abhaltenden und fördernden Bedingungen spricht. Selbst die interessanten Ausführungen Thyréns („Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie" I, S. 61—79) haben meine Überzeugung in diesem Punkte nicht zu erschüttern vermocht: zumal der Ausdruck „abhaltende Bedingung" ist und bleibt mir eine Contradictio in adjecto, auch wenn man nicht an den ganz bestimmten konkreten Erfolg, sondern nur an eine mehr oder weniger abstrakte Qualität des Erfolgs denkt. Was Bedingung eines Erfolgs ist, das kann niemals zugleich Hindernis dieses Erfolgs sein. Umgekehrt: Was in Rücksicht auf einen gedachten zukünftigen Zustand oder Vorgang als „abhaltend" erscheint, kann — soweit und so lange es diesen Charakter behält — nicht Bedingung dieses Vorgangs oder Zustandes sein. Gewiss darf man deduzieren: Sofern die Beseitigung oder Überwindung von Hindernissen die Existenz der letzteren zur notwendigen Voraussetzung hat, erscheinen die Hindernisse selbst als notwendige Bedingungen des durch deren Erledigung herbeigeführten Erfolges. So ist z. B. die Existenz des zum Schutze vor Überschwemmungen errichteten Dammes die notwendige Bedingung für einen Durchbruch dieses Dammes und damit zugleich für die hierdurch herbeigeführte Überschwemmung. Allein genauer betrachtet steht diese Deduktion gar nicht im Widerspruch mit dem vorher Bemerkten. Einmal ist nicht zu übersehen, dass jede solche Deduktion nur im Hinblick auf einen gerade in der relevanten Beziehung konkret gedachten Erfolg möglich ist: das zu überwindende Hindernis (im obigen Fall der zum Schutze gegen Überschwemmungen errichtete Damm) ist nicht schon an sich und allgemeinhin Bedingung des abstrakt gedachten Erfolgs (der Überschwemmung), sondern immer nur dann, wenn die Überwindung des Hindernisses — und zwar gerade dieses konkret bestimmten Hindernisses (also im obigen Fall der Durchbruch des konkret bestimmten Dammes) — als Mittel zur Erreichung jenes Erfolgs geboten oder doch so gedacht erscheint. Anderseits wird es erst Bedingung dieses Erfolgs mit dem Momente, wo es überwunden ist; so lange es als Hindernis besteht, ist es nicht Bedingung des fraglichen Erfolgs, der vielmehr so lange unmöglich ist, sondern umgekehrt Bedingung des bis zu jenem Momente fortdauernden Nichterfolgs. (Vergl. auch Lammasch a. a. O. S. 242—44.)

innerhalb der menschlichen Körperbewegung, sondern vor ihr; aber für die unbefangene, natürliche Anschauung stellt sich doch diese körperliche Bewegung, wie sie einerseits den Anfangspunkt der äussern Kausalreihe bildet, anderseits als Ausdruck der geistigen Potenz dar, auf deren Wirksamkeit sie beruht; und ebendeshalb ist uns die menschliche Körperbewegung, soweit sie noch irgend jenen Charakter an sich trägt, nicht bloss Ursache in demselben Sinne, in welchem wir gelegentlich auch eine andere Bedingung des Erfolgs mit diesem Titel belegen,[18]) sondern in einem besonderen, sie von allen rein physischen oder physiologischen Bedingungen unterscheidenden Sinne.

---

[18]) Hiermit gebe ich — wie sich eigentlich schon von selbst versteht — offen zu, dass ein viel umfassenderer Ursachenbegriff, wie er uns im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens in der mannigfachsten Verwendung auf Folge-Verhältnisse zwischen Naturerscheinungen oder zwischen geschichtlichen und Alltagsvorgängen aller Art entgegentritt, auch dem Rechtsleben nicht völlig fremd ist. Wir werden sogleich unten einer Gruppe von Rechtsfällen zu gedenken haben, in denen wir gar nicht wohl anders können, als anstatt einer menschlichen Körperbewegung vielmehr eine äussere Naturerscheinung als Ursache zu bezeichnen. Dabei ist jedoch zweierlei nicht zu übersehen. Zum ersten erscheint bei genauerer Betrachtung jener allgemeinste Ursachenbegriff des gemeinen Lebens nicht als der ursprüngliche, sondern umgekehrt als abgeleitet aus dem im Texte erörterten besonderen, auf die Eigenart des menschlichen Tuns gegründeten Ursachenbegriff. Hat man doch schon öfters — so u. a. auch wieder A. Horn (a. a. O. S. 363) — darauf hingewiesen, dass das Kausalitätsbewusstsein im Menschen seine Entwicklung nicht der äusseren sinnlichen Beobachtung, sondern inneren, psychischen Erlebnissen, speziell den Willensvorgängen in Verbindung mit den daran sich knüpfenden Folgen am eigenen Körper und weiter in der Aussenwelt zu verdanken hat. Schon darum dürfte es verkehrt sein, bei der Forschung nach dem juristischen Ursachenbegriff von jenem ungleich allgemeineren Ursachenbegriffe auszugehen, anstatt ihn als eine bloss gelegentlich für das Rechtsleben in Betracht kommende Erweiterung des besonderen, aus der Reflexion über unser menschliches Handeln und seine Folgen gewonnenen Ursachenbegriffs aufzufassen. Zum zweiten ist es aber auch m. E. durchaus verlorene Liebesmüh', jenen sogen. vulgären Ursachenbegriff zu einem wissenschaftlichen — und zwar zu einem ganz allgemein wissenschaftlichen — umprägen zu wollen. Was wir in jedem einzelnen Falle meinen, wo wir im gewöhnlichen Leben von einer Ursache reden, das wird verhältnismässig sehr selten zweifelhaft sein; aber alle die hierbei maassgebenden Gedanken unter einen allgemeinen, wissenschaftlich fassbaren Begriff zu bringen, halte ich für ausgeschlossen.

Nur unwesentlich verändert sich das Bild, wenn wir Fälle ins Auge fassen, in denen der Erfolg nur bedingterweise gewollt war. Die Abweichung liegt hier ausschliesslich auf dem psychischen Gebiete; ja selbst auf diesem ist sie bloss eine relative. Denn genau betrachtet gibt es für Menschen überhaupt keine völlig untrüglichen Vorausberechnungen und das Gebiet des bedingten Wollens erweitert sich demgemäss um so mehr, je vorsichtiger der Handelnde zuvor die zur Mitwirkung erforderten Bedingungen überlegt. Übrigens kommen wir hierauf im § 34 zurück.

Fraglicher mag es sein, ob eine menschliche Körperbewegung oder ein Komplex solcher Bewegungen auch dann noch als Ursache in dem vorerörterten besonderen Sinne zu kennzeichnen sei, wenn statt des beabsichtigten Erfolgs ein anderer eingetreten ist; desgleichen, wo es sich um das Tun eines Unzurechnungsfähigen handelt. Immerhin spricht auch hier ein Doppeltes für die Bejahung der Frage. Einmal trifft der erste der beiden in Nr. 5 vorgeführten Gesichtspunkte auch hier zu: die Körperbewegung erscheint uns als Anfangspunkt der äusseren Kausalreihe. Anderseits ist sie uns auch in diesen Fällen Ausdruck der geistigen Potenz, die sie erzeugt hat, nicht ein bloss physiologischer Vorgang. Nur wo sich weder das Eine, noch das Andere behaupten lässt, da betrachten wir die Körperbewegung wirklich nicht als Ursache in dem maassgebenden Sinne; so beispielsweise dann, wenn die Bewegung unmittelbar durch Einwirkung äusserer Gewalt, etwa den heftigen Stoss eines anderen Menschen, herbeigeführt war. Nur in dem letzteren Falle bezeichnen wir nicht die so herbeigeführte Körperbewegung als Ursache der weiteren Folge-Erscheinungen, sondern ausschliesslich den diese Bewegung herbeiführenden, für sich selbst wieder als eine menschliche Körperbewegung sich darstellende oder auch allein der äusseren Natur angehörende Gewalt. Dass aber speziell auch unser positives Recht auf diesem Standpunkte steht, wird niemand bezweifeln, der unbefangen unsere Gesetzgebung und Rechtspflege prüft. Für jene Fälle, in denen zwar die Körperbewegung — natürlich zu irgend einem bestimmten Zwecke — gewollt, statt des beabsichtigten Erfolgs aber ein anderer eingetreten ist, ergibt sich diese Stellung des Rechts vor allem aus der Behandlung der culposen Delikte. Aber auch bei den Fällen der

zweiten Gruppe beweist hierfür schon die Art und Weise, wie auch bereits das bisher geltende Recht Notwehr gegen Unzurechnungsfähige zuliess, also die Möglichkeit eines rechtswidrigen Angriffs durch solche anerkannte; und im B. G. B. § 829 ist ausdrücklich von einer Verursachung von Schaden durch Handlungen Unzurechnungsfähiger die Rede, durch welche eine beschränkte vermögensrechtliche Haftpflicht dieser letzteren selbst begründet wird. Nicht so klar und ausdrücklich spricht sich allerdings das Recht über die oben zuletzt erwähnten Fälle entgegengesetzter Art aus; insbesondere verneinen die §§ 51 und 52 des Str. G. B. mit Bestimmtheit bloss die Strafbarkeit unfreier oder gewaltsam erzwungener Körperbewegungen. Allein es wird schwerlich einem Juristen einfallen, Bestimmungen, wie die im B. G. B. § 829 enthaltene, auch auf einen durch solche Körperbewegungen zugefügten Schaden für anwendbar zu halten, die nicht einmal den äusseren Typus bewusster Handlungen oder Willensbetätigungen an sich tragen.

7. Als eine zweite, aus den in Nr. 5 aufgestellten beiden grundlegenden Gesichtspunkten sich ergebende Konsequenz haben wir dort bereits die Notwendigkeit hervorgehoben, streng zwischen physischer und psychischer Kausalität zu unterscheiden. Hauptsächlich sind es drei Arten von Beziehungen, die unter der zusammenfassenden Bezeichnung als Formen der psychischen Kausalität unser Interesse in Anspruch nehmen:[19])

I. Beziehungen zwischen dem Wollen eines Menschen und seinem eigenen Tun.

[19]) Es mag vielleicht — wenigstens für einen nur oberflächlichen Leser — auffällig erscheinen, dass ich in den folgenden Anführungen im Texte zwei Arten psychischer Kausalität ganz übergangen habe, die sich dem von einem allgemeineren Standpunkte aus die Dinge Überblickenden gerade in erster Linie aufdrängen: einmal die Einwirkung der Aussenwelt auf unser Innenleben oder, richtiger gesagt, das Zusammenwirken seelischer Tätigkeit und äusserer Einflüsse in der Hervorrufung von Vorstellungen, Gefühlen und Antrieben; anderseits das rein innerliche Hervorbringen von Vorgängen in unserem Geistesleben durch den Willen. In der Tat handelt es sich hierbei gleichfalls um Erscheinungen, die wir unter den Begriff der „psychischen Kausalität" zu subsumieren haben. Allein für unsere jetzige Aufgabe, ja überhaupt für die ganze Lehre vom Unrecht, kommen diese beiden Arten psychischer Kausalität niemals direkt und für sich, sondern immer nur mittelbar und in Verbindung mit den unter I—III im Texte aufgeführten Arten in Betracht. Sie werden

II. Beziehungen zwischen dem geistigen Innenleben eines Menschen und gewissen Folge-Erscheinungen in der Aussenwelt, die nicht durch sein eigenes Tun verursacht sind, aber durch sein Tun hätten gehindert werden können.

III. Beziehungen zwischen dem Tun eines Menschen und gewissen seelischen Folge-Vorgängen in einem anderen Menschen bezw. einem hierdurch vermittelten Tun des letzteren.

Auf die erste Art von Beziehungen werden wir erst im § 34, auf die zweite unten in Nr. 13 ff. näher eingehen. Dagegen bedarf die dritte Art von Beziehungen hier sofort der Erörterung. Zwar werden wir auf manches Dahingehörige in § 35 nochmals zurückzukommen haben; aber in der Grundlage hängt das dort zu Erörternde so eng mit unserer gegenwärtigen Untersuchung zusammen, dass diese Grundlage schon jetzt festgestellt werden muss.

Fragen wir nun, welche Stellung unser positives Recht in Betreff dieser dritten Art von Beziehungen einnimmt, so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass die hierfür entscheidenden Bestimmungen unseres heutigen deutschen Reichsrechts vor allem in den §§ 48, 49, 51, 52 und 59 des Strafgesetzbuches enthalten sind. Dass diese Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches eine indeterministische Anschauung zur Grundlage haben, wie sie überhaupt im praktischen Leben z. Z. sicherlich noch die herrschende ist, dafür spricht namentlich der Umstand, dass danach nicht nur die intellektuelle Beihülfe, sondern sogar das die Anstiftung charakterisierende „vorsätzliche Bestimmen eines Anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung“ immer nur mit dem Vorbehalte denkbar ist, dass für den Täter trotz aller Einwirkung auf ihn die psychologische Möglichkeit geblieben war, sich anders zu entscheiden. Denn wo diese Möglichkeit verschwunden ist, da kann die Handlung des Täters nur noch unter § 51 oder § 52 des Str. G. B. fallen und erscheint dann gar nicht mehr als strafbare Handlung, also auch das Hervorrufen derselben nicht als Anstiftung im Sinne des § 48. Damit wird keineswegs geleugnet, dass zwischen der Handlung des Anstifters und dem Willensentschlusse des Angestifteten ein Kausalitätsverhältnis, d. h. ein Verhältnis von

daher auch am besten bei der Darstellung dieser drei ihre Berücksichtigung, soweit notwendig, finden.

Grund und Folge besteht. Wohl aber ist dieses Kausalitätsverhältnis ein anderes, als das Verhältnis physischer Kausalität; es ist wesentlich psychischer Art und — mindestens nach der Anschauung unseres Gesetzbuches — davon abhängig, dass der vom Anstifter gegebene Anstoss vom Willen des Angestifteten apperzipiert und dadurch zum Motiv seines Entschlusses gemacht worden ist.[20]) Wesentlich zu demselben Resultate führen übrigens auch die „deterministischen" Erklärungsversuche Merkels, Arnold Horns u. a. Ja, in der Sache selbst stimmt die gemeine ältere Lehre von der „intellektuellen Urheberschaft" hiermit durchaus überein. Freilich stellt sich in ihr die Anstiftung als nur eine Art der Täterschaft dar. Allein dass der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg nicht einfach derselbe, wie bei der „physischen Urheberschaft", dass er vielmehr ein eigentümlich psychischer, durch einen Willensentschluss des Angestifteten vermittelter sei, das konnte auch jene ältere Lehre um so weniger verkennen, als ihren Vertretern der Gedanke an eine „Vorstellungstheorie" oder eine „Gefühlspsychologie", wie sie in unserer Zeit teilweise in Schwung gekommen sind, glücklicherweise noch fast vollständig fremd war. Gerade in der Kennzeichnung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft im Gegensatze zu der physischen tritt dies für jeden Unbefangenen deutlich hervor.[21])

---

[20]) Mit dieser Kennzeichnung des bei der Anstiftung obwaltenden psychischen Kausalitätsverhältnisses ist zugleich der wesentliche Unterschied der Anstiftung von der intellektuellen Beihülfe angedeutet. Wo der dem Täter gegebene „Rat" sich nicht bloss auf die Ausführung des schon gefassten Entschlusses zur Tat bezieht, sondern vielmehr den Täter erst zum Tat-Entschlusse bestimmen sollte und entsprechend wirklich bestimmt hat, da liegt nicht bloss intellektuelle Beihülfe, sondern eine Form der Anstiftung vor. Anderseits kann man freilich sagen, dass im Grunde jeder Akt der intellektuellen Beihülfe oder m. a. W. jeder das Verbrechen eines Andern fördernsollende und entsprechend wirklich fördernde „Rat" als eine Anstiftungshandlung im weiteren Sinne charakterisiert werden darf; nur dass hierdurch der Täter nicht zur Tat im ganzen, sondern bloss bezüglich der Art der Ausführung oder m. a. W. zu gewissen einzelnen Ausführungshandlungen bestimmt werden soll und bezw. sich bestimmen lässt.

[21]) Wenn A. Horn (Gerichtssaal Bd. 53, S. 100 f.) — insoweit übereinstimmend mit v. Liszt — die Auffassung der Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft in schärfsten Gegensatz stellt zur Auffassung des Str. G. B. und

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergibt sich bereits, dass die noch fortgesetzt eifrig verhandelte Streitfrage, ob die Anstiftung als Teilnahme am Verbrechen eines Dritten oder als intellektuelle Urheberschaft in Bezug auf den durch den Angestifteten vermittelten Erfolg anzusehen sei, selbst vom Standpunkte einer allgemeinen Strafrechtslehre oder Strafrechtspolitik aus durchaus falsch gestellt ist. In Wahrheit handelt es sich gar nicht um ein Entweder-Oder; man darf vielmehr das Eine wie das Andere gleichmässig bejahen. Der Anstifter hat Anteil an der Tat des Angestifteten, indem er dessen Entschluss zur Tat hervorgerufen hat; er ist ebendarum zugleich intellektueller Urheber des durch diese Tat vermittelten Erfolgs, sofern man den Grundsatz anwendet: Causa causae est causa causati. Allerdings kann man unserer heutigen Gesetzgebung den Vorwurf nicht ersparen, dass sie unter der Einwirkung jener falschen Fragestellung den Begriff der Anstiftung zu eng begrenzt und dadurch gelegentlich den Schein erweckt, als wenn Anstiftung und intellektuelle Urheberschaft vermittelst Erregung von Irrtum über das Objekt zwei grundverschiedene Dinge wären. Dass dies aber in der Tat blosser Schein und dass in Wahrheit gar kein tiefgreifender Unterschied zwischen der Anstiftung als einer Art der Teilnahme und der intellektuellen Urheberschaft oder

---

zu seiner eigenen Ansicht, indem er vor allem betont, dass der Anstifter seinen Willen dem Willen des Täters unterworfen habe, so irrt er m. E. in zwiefacher Hinsicht. Einmal darin, dass er diese Willensunterwerfung nicht bloss als ein charakteristisches Moment der Beihülfe, sondern schlechthin aller Teilnahme am Verbrechen Anderer ansieht, während doch z. B. die Mittäterschaft zweifellos das Gegenteil beweist. Zum zweiten aber trifft jene Behauptung auch schlechterdings nicht für die Anstiftung zu. Es ist nicht wahr, dass der Anstifter seinen Willen von dem des Angestifteten abhängig machen will; er muss vielmehr den des letzteren „bestimmen" wollen, sonst ist er gar nicht wahrhaft Anstifter. Dabei weiss er freilich, dass die letzte Entscheidung von dem Willen dessen, an den er sich wendet, abhängig ist. Aber diese Abhängigkeit ist ganz ebenso auch da vorhanden, wo jemand den Anderen, wie man zu sagen pflegt, „als blosses Werkzeug" braucht, indem er ihn zu einer Handlung veranlässt, deren Erfolg nur der Veranlasser, nicht der Veranlasste erkennt. Auch hier muss der Veranlasser mit der Möglichkeit rechnen, dass der Andere ihn durchschaut oder doch aus anderen Gründen sich nicht so entschliesst, wie der Veranlasser es will. Vergl. auch die späteren Bemerkungen im Text.

mittelbaren Täterschaft im Sinne unseres Strafgesetzbuches besteht, zeigt jedem Unbefangenen eine nähere Vergleichung der beiden Fälle. Man darf sich nur nicht irre machen lassen durch den Gebrauch von Worten, die vor allem auf eine bestimmte Art von Schuld hinweisen wollen. Wenn beispielsweise der A den C veranlasst, auf den B zu schiessen, indem er in ihm vorsätzlich die Täuschung erweckt oder aufrecht erhält, er habe da ein Stück Wild vor sich, so werden wir wohl von dem A sagen, dass er den B gemordet habe, nimmermehr aber von dem C. Allein ganz anders gestaltet sich die Sache, wo wir uns solcher Ausdrücke bedienen, die mehr oder weniger speziell das Rein-Tatsächliche an dem gedachten Vorgange kennzeichnen: Es wird kaum einem einfallen, zu behaupten, der A habe den B erschossen, und umgekehrt wird niemand Bedenken tragen, zu sagen, dass dies der C getan habe, wenn auch offenbar unabsichtlich, vielleicht sogar völlig schuldlos. Wo wir endlich ein Wort von allgemeinerer Bedeutung verwenden, wie den in unseren Gesetzen gebrauchten Ausdruck „töten", da ist es freilich ebensowohl möglich, den A als den C als denjenigen zu bezeichnen, der den B getötet habe; aber genauer betrachtet wird dann eben der fragliche Ausdruck nicht in gleicher, sondern in zwiefacher Bedeutung gebraucht: das eine Mal für das Schuldsein am Tode, das andere Mal für die äusserliche Herbeiführung des Todes. Jenes Schuld-sein am Tode aber, wie es in dem letzterwähnten Falle beim Gebrauche des Wortes „töten" vorausgesetzt, in dem Worte „morden" sogar stets mit enthalten ist, beruht — abgesehen von der subjektiven Stellung des A selbst — auf wesentlich derselben psychischen Kausalität zwischen der Handlung des A und dem dieser Handlung entsprechenden Tun des C, wie sie zwischen dem Handeln des Anstifters im engeren Sinne und dem entsprechenden Tun des Angestifteten besteht. Will man daher den C im obigen Falle als blosses Werkzeug in der Hand des A bezeichnen, so ist dies zwar nach Lage des Falles nicht zu verwerfen; allein in wesentlich demselben Sinne kann man auch den Angestifteten als Werkzeug des Anstifters bezeichnen. In einem wie im andern Falle ist der, welcher den vom intellektuellen Urheber erstrebten Erfolg äusserlich herbeiführt, nur darum und nur soweit Werkzeug in der Hand des Andern, als er sich durch

diesen bestimmen und damit als Werkzeug gebrauchen lässt.[22]) Der wirkliche Unterschied der beiden Fälle ist einzig dieser: Bei der Anstiftung im engeren Sinne unseres Strafgesetzbuches ist die subjektive Stellung des Anstifters und Angestifteten zu dem durch die Tat des letzteren herbeigeführten Erfolge durchaus gleichartig; die Absicht beider ging auf die Tötung eines bestimmten Menschen und darum ist der Anstifter im allgemeinen ganz ebenso zu bestrafen, wie der Täter. In dem andern Falle intellektueller Urheberschaft dagegen ist die subjektive Stellung der beiden Beteiligten eine grundsätzlich verschiedene; bloss der intellektuelle Urheber A hat die Tötung des B, der zum Schiessen auf diesen Veranlasste aber überhaupt gar nicht die Tötung eines Menschen gewollt, und darum kann dem C die tatsächlich durch ihn bewirkte Tötung des B höchstens nach § 59 des Str. G. B. als eine fahrlässige zugerechnet werden.

Ja, selbst dieser Unterschied kennzeichnet sich bei näherer Erwägung nur als ein zwar in der Regel zu beobachtender, aber keineswegs schlechthin notwendiger. Variieren wir bloss den obigen zweiten Fall ein wenig: nehmen wir an, der A habe dem C nicht ein Wild, sondern dessen Todfeind D vorgespiegelt. Liegt hier seitens des A Anstiftung oder intellektuelle Urheberschaft der

---

[22]) Hiermit soll keineswegs geleugnet werden, dass zahlreiche Fälle vorkommen, in denen *der als Werkzeug Gebrauchte* — infolge seines Irrtums darüber, wozu er sich brauchen lässt — nach der allgemeinen Anschauung des Rechtslebens *gar nicht als Verursacher* der durch seine Handlung vermittelten Folge *erscheint*. Wir kommen auf diesen Punkt später in Nr. 10 zurück. Für unsere gegenwärtige Erörterung handelt es sich nur um Konstatierung der Tatsache, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen einer Anstiftungshandlung im Sinne des Str. G. B. und dem durch die Tätigkeit des Angestifteten herbeigeführten Erfolge nicht wesentlich verschieden ist von dem, der zwischen der Benutzung eines Menschen als „Werkzeug" und dem durch die Tätigkeit dieses willensfähigen Werkzeuges herbeigeführten Erfolge besteht, und zwar nicht nur der ursächliche Zusammenhang im ontologischen Sinne, sondern auch der uns hier allein interessierende im Sinne des positiven Rechts. Das will sagen: Hier wie dort ist der Erfolg vermittelt durch den psychologisch freien Willensentschluss einer dritten Person; hier wie dort ist daher die Kausalität dessen, der *durch* diese dritte Person den Erfolg bewirkt, *nur* oder doch notwendig *zugleich* eine psychische, bestehend in der Erregung eines Motivs, durch welches der Dritte *sich bestimmen lässt*.

zweiten Art vor? Vielleicht könnte man beides annehmen; aber wie man auch in dieser Frage sich entscheiden möge, darüber kann kein Zweifel sein, dass die hierbei in Betracht kommende psychische Kausalität nur Eine, wennschon unter verschiedene positivrechtliche Gesichtspunkte zu subsumierende ist. Sie besteht in nichts anderem, als in der Darbietung des Motivs, durch welches sich der C bestimmen liess, auf einen Menschen, den er für den D hielt, zu schiessen. Ob man in jener Darbietung eine Anstiftung im engeren Sinne oder vielmehr eine Benutzung des C zu einem von ihm nicht gekannten Zwecke erblickt, ob man auf der anderen Seite den C als angestifteten — wenn auch im Irrtum über die Person handelnden — Täter oder vielmehr als blosses, freilich nach Lage der Dinge gleich schuldiges Werkzeug in der Hand des A ansieht, ist für die Frage, ob physische oder ob psychische Kausalität vorliegt, völlig gleichgültig; man müsste denn aller Erfahrung entgegen behaupten und beweisen wollen, dass es bloss in dem ersteren Falle eines Willensentschlusses des C bedürfe, nicht aber in dem zweiten.

Wir dürfen noch weiter gehen und behaupten, dass sogar da, wo sich jemand eines Kindes oder Geisteskranken bedient, um durch dessen Tätigkeit einen gewissen Erfolg herbeizuführen, im allgemeinen nur von einer psychischen Kausalität zwischen der Antriebhandlung des Zurechnungsfähigen und dem Tun des Unzurechnungsfähigen die Rede sein kann. Selbstverständlich ist hier niemals von einer gleichartigen Schuld beider Teile zu sprechen. Aber es ist schon nicht richtig, beim Kinde oder Geisteskranken schlechthin jede Schuld-Möglichkeit zu verneinen, anstatt sich darauf zu beschränken, eine zutreffende Beurteilung der Schuldfrage in all den Fällen für unmöglich zu erklären, wo das Gesetz Unzurechnungsfähigkeit konstituiert.[23]) Und noch viel

[23]) Dies — und nur dies — ist offenbar der Sinn einer Rechtsvorschrift wie Str. G. B. § 55. Schon der Umstand, dass hier nach Absatz 2 „zur Besserung . . . geeignete Maassregeln" zugelassen werden, spricht dafür, dass der Ausschluss der strafrechtlichen Verfolgung keineswegs gleichbedeutend ist mit der Ablehnung jener Schuld. Noch klarer wird dies durch Vergleichung mit B. G. B. § 828, Abs. 1. Wenn in dem letzteren bereits Kinder vom vollendeten 7. Lebensjahre an als für den zugefügten Schaden verantwortlich erklärt werden, so folgt daraus ganz von selbst, dass für Kinder zwischen

weniger ist zu leugnen, dass auch in solchen Fällen das äussere Tun des Unzurechnungsfähigen vermittelt wird durch irgendwelche — wenn gleich noch mehr oder minder unreife oder nur krankhaft funktionierende — geistige Tätigkeit des Unzurechnungsfähigen, bestehend in der Annahme des dargebotenen Motivs.[24])

---

7 und 12 Jahren nicht Mangel jeder Schuld die Voraussetzung für den Ausschluss der Strafverfolgung sein kann. Bei näherer Betrachtung darf aber auch die ausdrückliche Verneinung der „Verantwortlichkeit" für Kinder unter 7 Jahren nicht als eine Verneinung jeder Schuld oder richtiger jeder Schuld-Möglichkeit, sondern immer bloss als Verneinung der Pflicht zur Verantwortung oder Haftung für eine Schadenzufügung aufgefasst werden. Etwas anders liegen allerdings die Dinge bei Rechtsnormen wie Str. G. B. §§ 51 und 56 oder B. G. B. §§ 827 und 828, Abs. 2. Denn hiernach sollen Geisteskrankheit und jugendliches Alter nicht allgemeinhin, sondern nur dann die Strafbarkeit oder Verantwortlichkeit ausschliessen, wenn sich ergibt, dass im konkreten Falle dadurch der Mangel freier Willensbestimmung bezw. der Mangel der Erkenntnis der Strafbarkeit bedingt war. Immerhin handelt es sich bei der hier vorausgesetzten Einzelprüfung nicht sowohl darum, den Mangel der Schuld positiv nachzuweisen, als vielmehr nur darum, zu konstatieren, dass der Beweis der Schuld — speziell der freien Willensbestimmung und der Erkenntnis der Strafbarkeit — nicht zu erbringen ist. — Streng genommen gehören ja freilich all diese Erörterungen über die Schuldfrage noch nicht an diese Stelle, sondern erst in unseren IV. Abschnitt. Indessen erscheint mir die beiläufige Berührung dieser Frage aus doppeltem Grunde angezeigt. Einmal ist es gewiss zweckmässig, schon jetzt bei Betrachtung konkreter Fälle immer wieder auf den Unterschied zwischen Kausalität und Schuld hinzuweisen. Anderseits ist aber auch rechtzeitig vor einer Übertreibung desselben zu warnen und insbesondere anzuerkennen, dass wenigstens insoweit, als es sich um schuldbares Tun handelt, alle Schuld die — physische oder psychische — Kausalität des Schuldigen zur Voraussetzung hat. Wer das im Hinblick auf blosse Versuchshandlungen leugnen zu dürfen meint, übersieht vollständig, dass auch beim Versuche als Schuld immer nur dasjenige zur Schuld angerechnet werden kann, was der Handelnde wirklich getan hat, also immer nur soweit seine physische oder psychische Kausalität reicht, nicht aber ein nicht eingetretener Erfolg als solcher, d. h. als Erfolg. Ob dagegen die Versuchshandlung selbst mit Rücksicht auf die in ihr zutage tretende Absicht nicht für sich allein schon einen ebenso grossen Widerspruch zum Rechte und darum auch eine ebenso schwere Schuld in sich schliessen kann, wie die vollendete Tat, das ist eine ganz andere, erst später zu untersuchende Frage.

[24]) In der Tat besteht auch in diesem Punkte eine weitgehende Übereinstimmung in der Literatur, wie in der Praxis. Vergl. insbesondere die

Wesentlich dieselbe Wahrnehmung endlich machen wir auch bei näherer Untersuchung von Fällen, die unter den Begriff der „Nötigung durch lebensgefährliche Drohung“ nach Str. G. B. § 52 zu subsumieren sind. Auf den ersten Anblick mag diese Behauptung allerdings sehr auffällig erscheinen; haben wir doch oben bei Beginn der gegenwärtigen Erörterung die „Anstiftung“ in schärfsten Gegensatz zu Str. G. B. § 52 gestellt. So gewiss indessen die Art und Weise, wie unser deutsches Strafgesetzbuch die Fälle der §§ 48 und 52 behandelt, eine völlig gegensätzliche ist, so gewiss besteht bezüglich der rein tatsächlichen Voraussetzungen in diesen beiden Gruppen von Fällen nur teilweise ein wirklicher Gegensatz, zum andern Teile bloss ein gradueller Unterschied. Die beiden Arten von Nötigung, die Str. G. B. § 52 gleich behandelt, erscheinen nämlich bei genauerer Prüfung — sofern man sie auf das Rein-Tatsächliche an ihnen und insbesondere auf die Kausalitätsfrage hin ansieht — als total verschiedene. Bei der „Nötigung durch unwiderstehliche Gewalt“ liegt in Wahrheit gar kein Tun des Genötigten, geschweige eine wahre Handlung desselben vor; die äusseren Körperbewegungen des Genötigten sind hier unmittelbar durch den Gewaltakt des Nötigers — also rein physisch — verursacht. Dagegen ist die „Nötigung durch lebensgefährliche Drohung“ — auf das rein Tatsächliche daran angesehen — im Grunde nichts anderes als eine besonders eklatante Form der „Bestimmung eines Anderen durch Drohung“, wie sie an und für sich als eine Art der Anstiftung erscheint. Das beigebrachte Motiv ist hier freilich ein ganz eigentümlich dringendes; aber dass das darauf folgende Tun des Genötigten doch schliesslich von der Annahme des Motivs oder m. a. W. von einem Willensentschlusse des Genötigten selbst abhängt, haben schon die römischen Juristen richtig erkannt: „coactus tamen voluit“.[25]) Danach stellt sich

---

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 6, S. 186 ff., 336 f., und Olshausen, Kommentar zum Str. G. B. § 55, Nr. 5.

[25]) Eine Ausnahme ist nur da zu konstatieren, wo die durch die lebensgefährliche Drohung herbeigeführte Gemütserschütterung so stark ist, dass dadurch zugleich die „freie Willensbestimmung“ im Sinne von Str. G. B. § 51 ausgeschlossen erscheint. Freilich liegt wohl in der Erwägung, dass eine gewisse Gemütserschütterung bei jeder lebensgefährlichen Drohung voraus-

die Beziehung zwischen der Handlung des Nötigers und dem entsprechenden Tun des Genötigten ganz ebenso als eine rein psychische Kausalität dar, wie die Beziehung zwischen der Anstiftungs-Handlung und der entsprechenden Handlung des Angestifteten, und diese an sich unleugbare Tatsache wird in unserer Gesetzgebung nur verschleiert durch die verschiedene rechtliche Behandlung: einerseits durch die in § 52 vollzogene, aus praktischen Gründen wohl zu rechtfertigende Gleichstellung der Nötigung durch lebensgefährliche Drohung mit der Nötigung durch Vis absoluta, anderseits durch die viel weniger zu billigende und jedenfalls nicht minder künstliche Verengung des Anstiftungs-Begriffs im § 48 des Strafgesetzbuches.

8. Wir kommen zu der dritten in Nr. 5 angekündigten Schlussfolgerung: Die Auffassung jeder irgendwie geistig bestimmten menschlichen Körperbewegung als einer quasi-schöpferischen in die Aussenwelt eingreifenden Tätigkeit, wie sie m. E. unserem positiven Rechte, wie überhaupt unserer allgemeinen praktischen Lebensanschauung zu Grunde liegt, gibt uns die Möglichkeit, mindestens subjektiv einen Endpunkt des durch die Körperbewegung bedingten Wirkens zu konstituieren. Und zwar beruht dies, wie wir ebenfalls schon in Nr. 5 und 6 betont haben, speziell auf der Fähigkeit des menschlichen Verstandes, die Folgen einer solchen Körperbewegung in ihrem Zusammentreffen mit dem Wirken anderer Faktoren im voraus zu berechnen und demgemäss auch diese Faktoren — seien es reine Naturkräfte oder sei es die Tätigkeit anderer Menschen — bis zu einem gewissen Grade sich dienstbar zu machen. Nur insoweit, als diese Fähigkeit reicht, erscheinen uns die durch eine solche Körperbewegung bedingten Folge-Vorgänge zugleich als durch sie verursacht.

---

zusetzen und deren Tragweite schwer zu beurteilen ist, einer der Hauptgründe, aus denen unsere Gesetzgebung die sogen. Vis compulsiva der Vis absoluta gleichstellt. Aber dass durch die lebensgefährliche Drohung die freie Willensbestimmung des Bedrohten notwendig und darum allgemein ausgeschlossen werde, dass m. a. W. ein entgegengesetztes Handeln des Bedrohten undenkbar sei, lässt sich sicherlich nicht behaupten.

Mit dieser Auffassung sind von selbst drei weitere Folgerungen gegeben:

I. Soweit der Handelnde sein Absehen auf Folgen richtet, die jeder Vorausberechnung sich entziehen — sei es schon nach der Natur dieser Folge-Vorgänge selbst, sei es auch nur im Hinblick auf die behufs ihrer Herbeiführung in Betracht gezogenen Mittel —, wo also von einem Indienstnehmen der als Mittel gedachten Faktoren schlechterdings nicht die Rede sein kann, da ist auch nicht von einer Verursachung oder Herbeiführung der fraglichen Folgen durch die Handlung zu sprechen.

II. Soweit umgekehrt der Handelnde die Fähigkeit besass, irgendwelche nicht-beabsichtigte Folgen vorausberechnen zu können, soweit sind auch diese Folgen — trotz des tatsächlichen Mangels der Voraussicht — als durch seine Handlung verursacht anzusehen.

III. Der Endpunkt des Tuns bezw. Verursachens bei Körperbewegungen rechtlich unzurechnungsfähiger Personen, soweit ein solches Tun oder Verursachen für das Recht in Frage kommt, ist nach dem Maasse der Vorausberechnungs-Fähigkeit bei normalen Menschen zu bestimmen.

Ein direkter Beweis dafür, dass diese drei Sätze den Intentionen unseres positiven Rechts entsprechen,[26]) ist freilich nur

[26]) In wesentlicher Übereinstimmung mit ihnen bestimmt das Preuss. Allgem. Landrecht I, 3, § 6: „Mittelbare Folgen, welche nicht vorausgesehen werden konnten, werden für zufällig gehalten." Desgleichen I, 6, § 4: „Ein Schade, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorausgesehen werden konnte, wird im rechtlichen Sinne zufällig genannt." Indessen ganz abgesehen davon, dass diese Bestimmungen in der preussischen Jurisprudenz eine ziemlich verschiedene Beurteilung erfahren haben, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sie formell zur Zeit nicht mehr in Geltung sind, und im B. G. B. wie im Str. G. B. und überhaupt in unseren modernen Gesetzen fehlt es an jeder ausdrücklichen Vorschrift, aus welcher eine Definition der „Ursache" im Rechtssinn oder umgekehrt des „Zufalls" entnommen werden könnte. Wo darin das „Voraussehen-können" besonders betont wird, ist mit Sicherheit immer bloss ein Erfordernis der Verantwortlichkeit zu erkennen; ob dabei zugleich an ein Erfordernis der Ursachlichkeit im juristischen Sinne zu denken, ist jedenfalls nicht aus den betreffenden Vorschriften allein zu entnehmen.

darin zu finden, dass sie sich mit Notwendigkeit aus dem vorangestellten Grundgedanken ergeben und dass dieser Grundgedanke selbst in dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens, wie des Rechts — insbesondere in dem Gebrauche von Verbalformen, welche die als Ursache in Frage stehenden menschlichen Körperbewegungen als Ausdruck einer bestimmten Geistesrichtung und damit zugleich als eine mehr oder weniger schöpferische Tätigkeit kennzeichnen — bewusster oder unbewusster Weise schon längst zur Anerkennung gelangt ist. Und da sich die letztere Tatsache mehr nur nachfühlen als demonstrieren lässt, so wird dieser ganze direkte Beweis Vielen als ungenügend erscheinen. Um so wichtiger ist es, ihn durch einen indirekten zu unterstützen, indem wir klarzulegen versuchen, wie ohne die Annahme unsers Grundgedankens und der daraus gezogenen drei Folgerungen die Vorschriften unsers positiven Rechts zu geradezu widersinnigen Konsequenzen führen müssten.

9. Zunächst für Folgerung I. Betrachten wir einmal das folgende Beispiel, das sogleich eine ganze Gruppe von Möglichkeiten in sich schliesst:

> In der Absicht, den Tod des B herbeizuführen, bestimmt ihn der A, eine Seereise oder eine Eisenbahnfahrt anzutreten, eine Lustpartie oder ein Fest mitzumachen; der B kommt in der Tat um, und zwar infolge Unterganges des Schiffes, einer Zugentgleisung, des Umsturzes des Wagens oder eines andern Unfalls, aber offensichtlich nur unter Eintritt von Umständen, die der A schlechterdings nicht berechnen, also auch nicht sich dienstbar machen konnte.

Vom Standpunkte der herrschenden Theorie — der Identifizierung von Bedingung und Ursache — müsste konsequenterweise in allen solchen Fällen Mord oder Totschlag angenommen werden. Denn eine „Condicio sine qua non“ für den Tod des B ist mit dem Antritt der Seereise, der Eisenbahnfahrt usw. unzweifelhaft gesetzt und, sofern dieser Antritt nicht erfolgt sein würde ohne die Einwirkung des A auf den B, notwendig auch schon mit dieser Einwirkung. Das Mittel aber, mit dem die Vertreter der herrschenden Ansicht unliebsame Konsequenzen ihres Prinzips abzulehnen belieben — der Vorwurf, dass die Gegner dieser Ansicht Ver-

schuldung und Verursachung nicht oder doch nicht genügend auseinanderhielten —, ist hier völlig unanwendbar. Eine „Verschuldung" liegt in all den gedachten Fällen sicherlich vor. Schon die blosse Absicht, den Tod eines Menschen herbeizuführen, ist offenbar rechtswidrig, d. h. im Widerspruch mit dem Gebot: Du sollst nicht töten. Um wie viel mehr die in solcher Absicht vorgenommene Setzung einer notwendigen Bedingung des gewünschten Todesfalls! Dürfen wir nun regelmässig auch Kenntnis des fünften Gebotes und demgemäss Bewusstsein der Rechtswidrigkeit eines solchen Denkens und Handelns voraussetzen,[27]) so lässt sich eine „Schuld" des A, genauer ein doloses Handeln im Hinblick auf den Tod des B ganz und gar nicht bestreiten.

Trotzdem wird sich weder ein rechtsgelehrter Richter, noch ein Geschworener finden, der sich entschliessen möchte, § 211 oder auch nur § 212 des Str. G. B. für anwendbar zu erklären. Warum nun nicht? — Der Grund kann nach dem soeben Gesagten nicht in dem Mangel an Schuld überhaupt, sondern nur in dem Mangel des vom Gesetze vorausgesetzten, für die Art der Schuld maassgebenden besonderen ursächlichen Zusammenhanges liegen. Darum wagen wir gegebenenfalls wohl noch von einer gewissen moralischen Schuld oder Mitschuld am Tode des B zu sprechen, nimmermehr aber von einer Schuld des A, den B getötet, d. h. selbsteigen — quasi-schöpferisch — dessen Tod herbeigeführt oder verursacht zu haben. Den Zufall, will sagen das Zusammenwirken völlig unvorhergesehener oder unberechenbarer Faktoren, in den Dienst nehmen zu wollen, ist ein Widerspruch in sich selbst. Wer dennoch einfach auf den Zufall baut, hat in keinem Falle schöpferisch gehandelt, auch wenn die gewünschten Folgen wirklich eingetreten sind: der Erfolg ist ihm „zugefallen"; und darum denkt niemand daran, das

---

[27]) Ob oder inwieweit diese Voraussetzung für die Annahme einer „Schuld" notwendig zu machen oder vielmehr umgekehrt zu entbehren ist, bleibt vorläufig noch eine offene Frage. Es kommt mir gegenwärtig nur darauf an, zu betonen, dass auch selbst diejenigen, welche für den Schuldbegriff die strengsten Erfordernisse — Zusammentreffen objektiver Rechtswidrigkeit mit dem vollen Bewusstsein davon — aufstellen möchten, daraus keinen Einwand gegen die Verwendung des Schuldbegriffs in den vorgeführten Fällen erheben können.

den eingetretenen Erfolg bedingende Tun als ein diesen Erfolg „schaffendes", „wirkendes", „verursachendes" Tun charakterisieren zu wollen.

Wir haben wohl kaum den Einwurf zu fürchten, dass in dem obigen Beispiele der Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des A und dem Verunglücken des B durch die freie Entschliessung des B unterbrochen sei. Dass zwischen der Handlung des A und dem Entschlusse des B nebst allen weiteren Folgen nur eine psychische Kausalität von der in Nr. 7 zu III erörterten Art besteht, wird natürlich unsrerseits am allerwenigsten geleugnet werden. Allein ebensowenig lässt sich bestreiten, dass in den obengedachten Fällen — gerade so, wie diese Fälle gedacht sind — die Darbietung des Motivs die „Condicio sine qua non" für den Entschluss des B und damit auch für alles Weitere bildet, was aus diesem Entschlusse hervorgegangen ist. Auch diejenigen Anhänger der herrschenden Kausalitätstheorie, die mit v. Buri selbst den Anstifter nicht als intellektuellen Urheber der vom Angestifteten vollführten Tat auffassen, werden sich jener Konsequenz um so weniger entziehen können, als das obige Beispiel offenbar den Fällen, in denen auch sie intellektuelle Urheberschaft annehmen, viel näher steht als dem Falle der Anstiftung im Sinne des Str. G. B. Wer daran noch zweifeln sollte, braucht bloss in unserm Beispiele den subjektiven Tatbestand etwas anders zu denken, z. B. vorauszusetzen, dass A Kenntnis von einem auf das Schiff, den Eisenbahnzug usw. gerichteten Attentate hatte, dessen Opfer der B dann wirklich geworden ist. Niemand wird Bedenken tragen, hier wirklich vorsätzliche Tötung des B durch den A, also ein wirkliches Verursachen des Todes durch den letzteren zu behaupten. Und doch hat eben dieser A im zweiten Falle nichts anderes getan, als im ersten.[28]) Allerdings muss ich darauf gefasst sein,

[28]) Zum Überfluss könnten wir unser Beispiel auch so umgestalten, dass gar keine bloss psychische Kausalität in Frage kommt. Nehmen wir z. B. an, der B habe sich selbst in der Absicht, gelegentlich seinen Tod zu finden, auf das bewusste Schiff, den bewussten Eisenbahnzug usw. begeben. Nur sofern er selbst wusste oder doch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit annehmen durfte, dass er hiermit einem bestimmten Unfalle oder Attentate entgegengehe, wird man sagen können, dass er vorsätzlich seinen eigenen Tod verursacht

dass man gerade aus der letzteren Wendung unseres Beispiels ein Gegenargument wider unsere Ansicht zu entnehmen versucht. Man wird vielleicht sagen: Wenn eine blosse Veränderung im subjektiven Tatbestande, ja, in der blossen persönlichen Auffassung des A genügt, um seine Handlung als strafbar erscheinen zu lassen, so sei das gerade ein Beweis dafür, dass der Unterschied zwischen den beiden Fällen nicht den Kausalzusammenhang, sondern ausschliesslich die Schuldfrage betreffe. In der Tat wäre gegen diese Schlussfolgerung kaum etwas einzuwenden, wenn wir der herrschenden Lehre schon von vornherein zugegeben hätten, dass in dem Begriff der Verursachung oder des verursachenden Tuns, wie er in unserm positiven Rechte auftritt, durchaus kein subjektives Element enthalten, vielmehr schlechthin alles, was an einem rechtswidrigen und schuldbaren Tun subjektiv erscheint, ausschliesslich in dem Begriff der Verschuldung beschlossen sei. Allein ein solches Zugeständnis haben wir ganz und gar nicht gemacht, im Gegenteil

---

habe; wo jede solche bestimmtere Voraussicht fehlen musste, wird dies kein Unbefangener behaupten. Nur im erstern Falle, nicht im letztern, wird demgemäss den Hinterbliebenen die Lebensversicherungssumme des B wegen Selbstmordes abgesprochen werden können. Oder um noch ein anderes Beispiel hinzuzufügen: Denken wir uns einen arbeitsunlustigen Fabrikarbeiter, der so oft, als er nur Gelegenheit hat, den Fahrstuhl der Fabrik benutzt in der Absicht, durch einen Unfall Invalidenrente für sich oder Entschädigung für seine Hinterbliebenen zu erlangen. Tritt hier der Unfall wirklich ein, obgleich der Mann gar keine Kenntnis von irgendwelchen Schäden oder Mängeln des Apparates oder andern besondern Bedingungen des Unfalls hatte, auch den Apparat durchaus nicht ordnungswidrig gebrauchte, so wird die Klage auf Invalidenrente oder Entschädigung wegen der im Fabrikbetriebe erlittenen Körperverletzung bezw. auf Entschädigung für den durch den Todesfall verlorenen Unterhalt der Hinterbliebenen sicherlich nicht deshalb abgewiesen werden, weil der Verletzte oder Getötete „den Unfall vorsätzlich herbeigeführt" habe. Umgekehrt: Wenn der Verletzte den Unfall aus bestimmten Gründen vorhersehen konnte, wenn er beispielsweise zu jenem Zwecke gerade einen Fahrstuhl benutzte, der wegen Schadhaftigkeit z. Z. ausser Betrieb gestellt war, so wird sich nicht bezweifeln lassen, dass er den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat und demnach seine oder seiner Hinterbliebenen Ansprüche auf Entschädigung nach § 5, Abs. 7 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 oder nach § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 verwirkt sind.

haben wir offen und deutlich ausgesprochen, dass dem fraglichen Begriffe, soweit er ein Begriff des praktischen Lebens und insbesondere des Rechtslebens ist, gerade jenes bestimmte, subjektive Element eigentümlich sei, das uns einen Menschen gleichsam als Schöpfer des aus seinem Tun Hervorgegangenen kennzeichne. Jene Schlussfolgerung beweist also so lange nichts gegen unsere Ansicht, als nicht unsere soeben von neuem betonte Grundvoraussetzung in anderer Weise, und zwar aus unserm positiven Rechte heraus widerlegt ist. Ja, ich stehe nicht an, sogleich hinzuzufügen, dass ich in dem Suchen nach einem rein objektiven Ursachen- oder Verursachungsbegriff den Kernfehler nicht bloss der herrschenden Lehre, sondern überhaupt der meisten kriminalistischen Kausalitätstheorien erblicke und dass ich gerade unser obiges Beispiel für besonders geeignet erachte, diesen Fehler klar zu machen.

Zuvörderst ist nochmals darauf hinzuweisen, dass bei strenger Durchführung der herrschenden Kausalitätstheorie nicht nur die Verursachung des Todes des B durch A, sondern auch die Verschuldung des A in allen vorher erörterten Fällen — sowohl bei der ursprünglichen, wie nach der zweiten Fassung — wesentlich gleich beurteilt werden müsste. Man kann hiergegen nicht etwa einwerfen: Den Tod des B verursacht, also im objektiven Sinne getötet habe der A in einem wie im andern Falle, aber von einem Vorsatze zu töten könne nur im zweiten, nicht auch im ersten die Rede sein; zu solchem Vorsatze gehöre mehr, als die ohne alle Aussicht auf Erfüllung vorhandene Absicht, die in Wahrheit bloss als ein Wunsch sich charakterisiere. Richtig an diesem Einwande wäre allerdings die Erkenntnis, dass in der ursprünglichen Fassung unsers Beispiels in der Tat kein wahrer „Vorsatz zu töten“ vorliegt. Allein ein Vertreter der herrschenden Ansicht dürfte dies konsequenterweise gar nicht zugeben. Denn wenn „töten“ oder „den Tod eines Menschen verursachen“ nichts weiter heisst, als „eine notwendige Bedingung für den Tod eines Menschen setzen“, so gehört auch zum „Vorsatze der Verursachung des Todes eines Menschen“ nichts weiter als der „Vorsatz, eine notwendige Bedingung des Todes dieses Menschen zu setzen“. Und dass dieser Vorsatz beim A voll und ganz vorhanden ist, und zwar

nicht bloss in dem zweiten, sondern auch schon in dem zuerst angenommenen Falle, lässt sich gar nicht in Abrede stellen.[29])

Ganz ähnliche Beobachtungen ergeben sich, wenn wir unser Doppelbeispiel vom Standpunkte irgend einer andern rein objektiven Ursachentheorie aus beurteilen. Mag man als „Ursache" die „letzte" oder die „wirksamste" oder „die das Gleichgewicht zwischen fördernden und abhaltenden Faktoren zugunsten der ersteren aufhebende Bedingung" ansehen, immer wird die Entscheidung der

---

[29]) Die vorerörterten, ganz unvermeidlichen Schlussfolgerungen werden auch übersehen von Torp (Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIII, S. 97 f.). Gewiss hat er Recht, wenn er sagt: „Wer sein Haus in ganz regelmässiger Weise mit Dachziegeln decken lässt, wird nicht deshalb für die Tötung des Nachbarn durch einen vom Sturme losgerissenen Ziegel verantwortlich, weil er vielleicht dies an und für sich ganz gewöhnliche Material gerade deshalb gewählt hat, weil er wünschte, dass ein Dachstein gelegentlich den Nachbar töte." Wenn er aber dieses Urteil dann damit motiviert, dass „die Gesellschaft kein vernünftiges Interesse daran habe, solche an sich ungefährliche und aus einer sehr wenig gefährlichen Gesinnung (?) entsprungene Handlungen zu verbieten" und „dass eine innerhalb gewisser Grenzen gesicherte Handlungsfreiheit nur bestehen könne, wenn anerkannt werde, dass der Mensch innerhalb eines gewissen, objektiv begrenzten Gebietes handeln kann, ohne den Unannehmlichkeiten krimineller Verfolgung ausgesetzt zu sein", so verwechselt er offenbar die Handlung des Dachdeckens, wie sie — mit Einschluss jenes Wunsches — wirklich vorliegt, mit der Tötungshandlung, die im Falle des in der Tat durch einen herabgerissenen Ziegel erfolgten Todes des Nachbarn derjenige annehmen müsste, der mit der herrschenden, von Torps nordischer Rechtswissenschaft als geradezu selbstverständlich betrachteten Kausalitätstheorie wahrhaft Ernst macht. Dass Torp selbst — und gleich ihm sicherlich jeder unbefangene Beurteiler des vorgeführten Beispiels — gar nicht daran denkt, dass in dem fraglichen Tun eine Tötungshandlung stecken könne, liegt freilich auf der Hand. Aber dies beweist eben nur von neuem, dass man bei der unmittelbaren praktischen Handhabung des Rechts doch mit einem ganz anderen Begriff der Verursachung operiert, als mit dem grundsätzlich aus der Ontologie herübergenommenen. Oder will man etwa einen scharfen Unterschied machen zwischen „töten" und „Tod-verursachen"? Ich glaube kaum, dass sich dies rechtfertigen lässt. Doch selbst wenn sich eine solche Unterscheidung begründen liesse, wäre damit für die „herrschende Theorie" wenig gewonnen; denn das „Töten" müsste dann immerhin als eine besondere Art der Todes-Verursachung angesehen werden, und eben auf Feststellung dieser besondern Art von Verursachung käme es bei der Gesetzesanwendung in erster Linie an.

beiden fraglichen Fälle in der Hauptsache gleich ausfallen müssen. Sehe ich recht, so würde bei wirklich folgerichtiger Durchführung der angedeuteten Lehrmeinungen in beiden Fällen der A straflos bleiben; eine Konsequenz, die mir dem Geiste unseres Rechtes kaum minder zu widersprechen scheint, als die vom Standpunkte der herrschenden Doktrin aus gezogene, der gleichmässigen Verurteilung. Zu demselben Resultate führt natürlich auch die neuerdings mehrfach verteidigte Auffassung der Ursache als „lebendige Kraft oder Bewegung", die doch — im Hinblick auf den Tod des B — immer nur in den vorausgesetzten Attentatshandlungen selbst gefunden werden könnte, nicht in der Handlung des A, auch nicht bei gründlichster Kenntnis von dem beabsichtigten Attentate, sofern er nur nicht als Teilnehmer an demselben erscheint. Die Vertreter des zuletzt berührten Ursachenbegriffs erkennen dies übrigens offen an, indem sie der „Ursachensetzung" auch das „Setzen blosser notwendiger Bedingungen" unter gewissen Umständen gleichstellen. Die hierin liegende Hinneigung zu einer subjektiveren Fassung der Kausalitätsfrage begrüssen wir gern als eine tatsächliche Annäherung an unseren Standpunkt, müssen aber doch zugleich darauf hinweisen, dass es sich hierbei, streng genommen, um eine blosse praktische Gleichstellung der Bedingungs-Setzung mit der Ursachen-Setzung handelt, während die begriffliche Scheidung an sich bestehen bleibt. Und ebendarin liegt m. E. der Widerspruch mit der Grundanschauung unseres positiven Rechts, dessen Sprachgebrauch die Subsumtion der fraglichen Tatbestände unter ein und denselben Begriff des Verursachens bezw. des betreffenden Tuns, Tötens, Schädigens usw. fordert. [30])

---

[30]) Ähnliche Bedenken würden sich auch gegen die Theorie des Physiologen J. v. Kries, aufgestellt in seiner Abhandlung über den „Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben", erheben lassen. Die Unterscheidung zwischen adäquaten und zufälligen Folgen einer Handlung ist m. E. als „objektive" gar nicht zu halten. Fassen wir dagegen diese Unterscheidung vielmehr als eine subjektive, wie dies der Sache nach schon bei J. v. Kries selbst zutreffen dürfte, noch deutlicher aber in der Ummodelung bei Liepmann (Einl. in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 68ff.) heraustritt, verstehen wir m. a. W. unter adäquaten Folgen „berechenbare", unter zufälligen „unberechenbare", so besteht überhaupt, soweit ich zu sehen vermag, kein Gegensatz mehr zwischen dieser Theorie und der unsrigen.

Zu demselben Resultate, dass nur eine subjektive Fassung des Ursachenbegriffs, wie die unsrige, dem Sprachgebrauch und den Bedürfnissen des Rechtslebens entspricht, führt übrigens auch noch eine zweite, mehr positive Erwägung: die Vergleichung unseres obigen Doppelbeispiels mit solchen analogen Beispielen, bei denen von einer Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit der Absicht, wie des eingetretenen Erfolgs, ja überhaupt von einer Anwendung eines gemeingültigen Wertmaassstabes gar nicht die Rede sein kann.[31]) Nehmen wir an, der A verfolge bei dem Antriebe des B zur Seereise, zur Eisenbahnfahrt usw. einen im allgemeinen erlaubten, an sich weder zu lobenden, noch zu tadelnden Zweck, z. B. die Auffindung einer bestimmten Urkunde oder eines bestimmten Kunstgegenstandes, die Herstellung eines Geschäfts- oder Freundschaftsverhältnisses zwischen B und C u. dgl. m.; der Zweck wird auch

---

[31]) Dass v. Bar eine solche Vergleichung bei seiner Lehre vom Kausalzusammenhange nicht nur nicht vorgenommen hat, sondern von seinem Ursachenbegriff aus, insbesondere bei seiner Auffassung der „Regel des menschlichen Lebens" gar nicht machen darf, darin liegt der Kernfehler seiner ganzen Theorie. Die Betrachtungen, von denen er bei derselben ausgeht (Lehre vom Kausalzusammenhange, S. 8 ff.), stehen dem, was wir oben in Nr. 5 ausgeführt haben — abgesehen von der entschieden verwerflichen Einführung des menschlichen Willens als letzter Bedingung —, sehr nahe. Aber er verdirbt sich dann das Rezept durch die Art und Weise, wie er die Wirksamkeit des menschlichen Willens von der Beobachtung oder Nichtbeobachtung einer gewissen „Regel des menschlichen Lebens" abhängig macht. Schon der Ausdruck „Regel des menschlichen Lebens" ist ein zweideutiger. Man kann dabei ebensowohl an eine — sittliche oder rechtliche — Norm für das menschliche Verhalten, als an einen Inbegriff von Lebenserfahrungen denken. In der letzteren Bedeutung würde er auch vielleicht zur weiteren Ausführung unsrer Ansicht zu verwerten sein. Aber v. Bar verwendet den Ausdruck, wie seine späteren Ausführungen ergeben, offenbar in der ersten Bedeutung, und darum gelangt er, wie seine Gegner längst mit Recht hervorgehoben haben, zur völligen Vermischung von Verursachung und rechtlicher Verantwortlichkeit, von Zurechnung zum Erfolg und zur Schuld. Eine Verursachung durch erlaubtes Handeln würde es nach seiner Theorie gar nicht geben. Und eben weil diese Konsequenz zweifellos dem Sprachgebrauche und der allgemeinen Anschauung Hohn spricht und weil die Forderung strenger Unterscheidung zwischen Schuld und Ursache ebenso zweifellos berechtigt ist, erscheint uns die Vergleichung schuldbarer und erlaubter (indifferenter) Handlungen im Hinblick auf die daran sich knüpfenden Folgen von grösster Wichtigkeit.

wirklich erreicht. Hier machen wir ohne weiteres die gleiche zwiefache Beobachtung, wie wir sie schon vorher gemacht: Hatte der A keine Ahnung davon, wo sich die fraglichen Dinge befanden, war ihm auch nicht bekannt, dass der B eine besondere Neigung für das von A Gewünschte habe und hat er selbst in keiner Weise den B hierauf hingewiesen, so wird kein Mensch sagen, dass die trotzdem eingetretene Erfüllung seines Zweckgedankens durch sein eigenes Tun „verursacht", „herbeigeführt" oder „bewirkt" sei. Umgekehrt, wenn A das Vorhandensein der Urkunde, des Gemäldes, des C an bestimmtem Orte und zu bestimmter Zeit vermutete, die Aufmerksamkeit des B hierauf lenkte oder doch gerade mit Rücksicht auf bestimmte Umstände, die eine Auffindung jener Gegenstände bezw. ein Zusammentreffen mit jener Person wahrscheinlich machten, den B zu jener Seereise, Eisenbahnfahrt usw. bestimmte, so werden wir nicht zögern, die Entdeckung der Urkunde oder des Gemäldes, sowie die Herstellung des gewünschten Verhältnisses zwischen B und C dem A als Erfolg seines Tuns zuzurechnen. Ich betone allgemeinhin: als Erfolg. Natürlich ist es auch in solchen Fällen nicht unmöglich, sei es aus den besonderen Beweggründen des A oder aus den Interessen des B heraus, sei es nach irgend einem andern mehr oder weniger beliebigen Wertmaassstabe, die Handlung des A als eine lobens- oder tadelnswerte hinzustellen. Aber gerade aus dem Umstande, dass hiernach ein und dieselbe Handlung — je nach dem besonderen Standpunkte, von dem man sie betrachtet — ebensowohl als lobens- wie als tadelnswert charakterisiert werden darf, ergibt sich mit Notwendigkeit, dass schon in dieser Handlung an sich, als in einem nach seiner Folge — aber unter Abstraktion von jedem Werturteile — näher bestimmten Tun, ein eigentümlich subjektives Element enthalten sein muss, das uns eben jene Folge als Werk, Schöpfung, Tat des Handelnden erscheinen lässt. Denn nur unter dieser Voraussetzung wird es verständlich, wie überhaupt ein objektiver Tatbestand verschieden bewertet werden kann. Ein wirklich rein objektives Geschehen kann als solches gar nicht Gegenstand irgendwelcher Wertschätzung werden, am allerwenigsten einer rechtlichen oder sittlichen. Wo wir jemals an einen objektiven Tatbestand ein Werturteil anknüpfen, da wird uns dies, bei rechtem Lichte besehen,

immer nur möglich infolge der im gegebenen Falle gleichzeitig vorliegenden subjektiven, auf der Wirksamkeit geistigen Lebens beruhenden Elemente, die wir in jenem Tatbestande gleichzeitig zu entdecken vermögen oder doch — sei es bewusst, sei es unbewusst — in ihm voraussetzen.

10. Natürlich fällt es mir nicht ein, zu meinen, dass mit unserm subjektiven Ursachenbegriffe nunmehr auch all die Schwierigkeiten erledigt seien, mit welchen die juristische Praxis in Fragen des Kausalzusammenhanges zu kämpfen hat. Im Gegenteil, ich gebe rückhaltlos zu, dass unser Ursachenbegriff — eben infolge der ihm eigentümlichen subjektiven Bestimmtheit — auch bloss ein relativ bestimmter ist. Das will sagen: Was ein menschliches Tun — abgesehen davon, dass es Ausdruck eines Stück Geisteslebens ist — zu einem wirksamen, quasi-schöpferischen Tun macht, ist mit dem Hinweise auf Vorausberechnung und Indienstnahme der zum Erfolge sonst noch nötigen mitwirkenden Bedingungen zwar im allgemeinen ausgesprochen, aber doch nicht dergestalt festgestellt, dass sich die Subsumtion unter unsern Begriff mit der Sicherheit einer mathematischen Formel vollziehen liesse. In einzelnen Fällen wird nur praktischer Takt und insbesondere ein durch längere Erfahrung geschultes Verständnis für die in den fraglichen Verbalformen sich manifestierende Auffassung des Rechtslebens den Richter vor Missgriffen in der Anwendung des Kausalitätsbegriffes bewahren. Immerhin ist mit jenem Hinweise ein brauchbares Prinzip namentlich auch für die Beantwortung der Frage gewonnen: Welche Bedeutung kommt bei der Beurteilung des Kausalzusammenhanges solchen Handlungen des Verletzten oder dritter Personen zu, die sich neben der in erster Linie in Betracht gezogenen gleichfalls als notwendige Bedingungen des Erfolgs eines bestimmten Tuns darstellen?

Nach der herrschenden Theorie müssten alle derartigen Handlungen gleichmässig als „Ursachen" des Erfolgs angesehen werden; das Trinken des vergifteten Weines wäre unter allen Umständen ganz ebenso Ursache des Todes des trinkenden B, wie das Vorsetzen jenes Getränkes durch den A. So richtig dies jedoch vom rein ontologischen Standpunkte aus ist — wenigstens sofern man es als erlaubt betrachtet, nicht bloss die Gesamtheit der

Bedingungen eines Erfolges, sondern auch jede einzelne mitwirkende Bedingung als Ursache zu bezeichnen —, so gewiss widerstrebt es unserm natürlichen Gefühle, zu sagen, in dem angeführten Falle habe stets sowohl der A den B getötet, als der B sich selbst. Vielmehr sprechen wir da, wo der B gar keine Ahnung von dem Gift im Weine hatte, höchstens von einer Tötungshandlung des A, nicht zugleich von einer Selbstvergiftung des B. Ja, sogar die Handlung des A erscheint uns nur dann als „Ursache des Todes", wenn er die Tatsache, dass der von ihm vorgesetzte Wein vergiftet war, kannte, oder doch nach Lage der Dinge hätte erkennen können. Wenn dagegen A beispielsweise bei dem Vorsetzen des Weines einfach als Diener des C fungierte und auch schlechterdings keinen Grund hatte anzunehmen, dass der von diesem vergiftete Wein etwas anderes sei, als die vom B geforderte Weinsorte, so kann nicht nur von keiner Schuld des A, sondern nach dem Sprachgebrauch des Lebens auch nicht von einer Verursachung des Todes durch ihn die Rede sein. Statt dessen werden wir hier die Handlung des C als Ursache der Vergiftung des B bezeichnen und zwar selbst dann, wenn die Vergiftung des Weines durch ihn auf einem Versehen beruhte, das er bei rechtzeitiger Vorsicht vermieden haben würde.

Mit einigen der letzten Bemerkungen sind wir bereits bei dem Punkte angelangt, den wir in Nr. 8 unter II dahin formuliert haben: Soweit der Handelnde die Fähigkeit besass, irgendwelche nicht-beabsichtigte Folgen vorausberechnen zu können, soweit sind auch diese Folgen — trotz des tatsächlichen Mangels der Voraussicht — als durch seine Handlung verursacht anzusehen.

Dass dieser Grundsatz wirklich eine Voraussetzung unsers positiven Rechts bildet, beweist vor allem die Anerkennung culposer Delikte. Denn wie man auch sonst den Begriff des culposen Delikts bestimmen mag — worauf erst später im IV. Abschnitt einzugehen ist —, so viel kann keinem Zweifel unterliegen, dass dabei immer nur an Handlungen gedacht werden darf, die uns als Ursachen gewisser nicht-gewollter Folgen erscheinen. Der eine Grund, aus dem wir speziell eine menschliche Tätigkeit als Ursache, weil als ein quasi-schöpferisches Handeln begreifen, das Im-voraus-

erfassen eines bestimmten äussern Erfolgs im Geiste, fällt hier notwendig hinweg. Allein ebensogewiss genügt unserm Rechte auch schon der andere in Nr. 5 und 6 berührte Grund, um dennoch den nicht-gewollten Erfolg dem Handelnden zuzurechnen. Nur versteht sich von selbst, dass dieser Zurechnung dieselbe Grenze gezogen ist, die wir in Nr. 8 sogar für das absichtliche Handeln in einer bestimmten Richtung konstatiert haben: Wo jede Möglichkeit der Vorausberechnung aufhört, da ist auch eine Handlung gegenüber den daraus hervorgehenden Folgen nicht mehr als Ursache im Sinne des praktischen Lebens zu betrachten. Und mit dieser Grenzbestimmung ist der Sache nach genau dasselbe gesagt, was in positiver Fassung unser obiger Grundsatz ausspricht.

Voraussichtlich wird man freilich gegen diese Deduktion von neuem einwenden, dass sie auf einer Verwechselung von Verursachung und Verschuldung beruhe. Eine kurze Erwägung zeigt jedoch die Nichtigkeit jedes solchen Einwands. Fürs erste dürfen wir abermals darauf hinweisen, dass unsere obige Grenzbestimmung — wie schon in den Fällen von Nr. 9, so auch hier — nicht bloss auf rechtswidrige oder gar nur strafbare Handlungen, sondern ganz ebensogut auf erlaubte, ja insbesondere auch auf lobens- und belohnenswerte Handlungen mit nicht beabsichtigtem Erfolge angewendet werden kann und tatsächlich im praktischen Leben Anwendung findet. Zum andern ist nicht zu übersehen, dass wir bei unsrer Deduktion eine Fähigkeit der Vorausberechnung von jenem vollen, normalen Maasse voraussetzen, wie es immer nur durch gründliche Ausbildung des Denkens und reiche Lebenserfahrung erreicht wird. Nur unter dieser Voraussetzung entspricht die positive Fassung des von uns aufgestellten Grundsatzes der vorausgegangenen negativen Grenzbestimmung. Wo also nur die persönliche Fähigkeit des Handelnden selbst im gegebenen Falle verneint werden muss, da ist zwar das Vorhandensein von Fahrlässigkeit und damit — wenigstens nach Auffassung unsrer modernen Rechte — von Verschuldung überhaupt, nicht aber zugleich die Ursachlichkeit der fraglichen Handlung abzulehnen.

Die wichtigste praktische Konsequenz aus dieser unsrer Ansicht ergibt sich für die Beurteilung der in den neueren Strafgesetzbüchern so häufig vorkommenden Gesetzesvorschriften, in welchen

ein doloses Delikt darum mit besonders schwerer Strafe bedroht wird, weil durch die dolose Handlung zugleich bestimmte nicht-beabsichtigte, aber objektiv besonders schlimme Folgen verursacht worden sind. Dass in den von diesen Gesetzesvorschriften gekennzeichneten Fällen niemals ein besonderer Beweis der Fahrlässigkeit in Bezug auf den eingetretenen schlimmeren Erfolg erforderlich ist, wird von keiner Seite bezweifelt. Fraglicher mag es schon erscheinen, ob nicht der positive Gegenbeweis, dass im konkreten Falle wirklich keine Fahrlässigkeit vorlag, die Anwendung derartiger Gesetzesvorschriften ausschliesse. Indessen muss ich zugeben, dass weder der Wortlaut, noch die Entstehungsgeschichte jener Bestimmungen einer Bejahung dieser Frage günstig ist. Und in der Tat hat es auch einen guten Sinn, wenn man schon um der dolosen Handlung selbst willen deren Täter für die sich daran knüpfenden, nicht-gewollten Folgen in höherem und ausgedehnterem Maasse verantwortlich macht, als denjenigen, dessen an sich erlaubte Handlungen zu derartigen Folgen führen.[32]) Allein geradezu widersinnig werden jene Gesetzesvorschriften, wenn danach die nicht-gewollten Folgen bloss um der dolosen Handlung willen auch da zugerechnet werden sollen, wo es auch der ausgebildetsten menschlichen Intelligenz unmöglich war, diese Folgen vorauszuberechnen, d. h. mit einem gewissen Grade von Wahrscheinlichkeit anzunehmen. Wenn beispielsweise der A, schwer gereizt von B, dem letzteren eine Ohrfeige appliziert und infolgedessen der B, der sich dem Schlage entziehen will, mit dem in seinen Händen befindlichen Messer sich selbst ein Auge aussticht, oder wenn gar der B — um das Mitleid Anderer zu erregen oder aus sonstwelchem Grunde — die durch den Schlag entstandene, ganz leichte Hautwunde künstlich offen erhält und dadurch eine Blutvergiftung mit tödlichem Ausgange sich zuzieht, so wird kein besonnener Richter sich entschliessen, den A nach § 224 bezw. 226 des Str. G. B. zu verurteilen. Sogar der Hinblick auf den § 228 wird ihn hierzu schwerlich bestimmen; denn die völlige Unmöglichkeit, den fraglichen Erfolg vorauszusehen, ist nach unsrer heutigen Auffassung kein blosser „mildernder Umstand“. Und doch würde vom Standpunkte

---

[32]) Wir kommen auf diese Frage an anderer Stelle (§ 48, Nr. 1) zurück.

der herrschenden Theorie aus gar kein anderes Urteil möglich sein. Es ist eine seltsame Inkonsequenz, wenn Vertreter der herrschenden Lehre ausdrücklich anerkennen, dass in den fraglichen Gesetzesvorschriften die Worte „verursachen", „zur Folge haben", „herbeiführen" usw. eine engere Bedeutung hätten, als sie ihnen nach ebendieser herrschenden Lehre zukommen würde. Gerade die gedachten Bestimmungen sind fast die einzigen in unsrer Gesetzgebung, insbesondere im Strafgesetzbuche, worin ausdrücklich — nicht bloss implicite durch den Gebrauch gewisser Verbalformen — auf den ursächlichen Zusammenhang, und zwar ausschliesslich auf diesen hingewiesen wird. Und dennoch sollte der in ihnen zur Geltung gebrachte Ursachenbegriff im Gegensatz zu der sonstigen Auffassung unsrer Gesetzgebung ein bloss exzeptioneller sein? Sollte es nicht sehr viel näher liegen, gerade in ihnen den Schlüssel zur Gesamtanschauung unsers Rechts oder doch wenigstens unsers Strafrechts und damit den klaren Beweis zu finden, dass solches ganz allgemeinhin von einem engern Ursachenbegriff ausgeht, als dem der herrschenden Theorie? — Auf der andern Seite können uns die vorerwähnten Gesetzesvorschriften auch am besten lehren, dass eine solche engere Begrenzung des Ursachenbegriffs immer nur als eine subjektive, wie wir sie angenommen, gedacht werden darf. Jeder Versuch einer objektiven Begrenzung, insbesondere auch die beliebte Forderung einer sogen. adäquaten Ursache [33]) muss scheitern an der einfachen Tatsache, dass jede nach irgendeinem objektiven Maassstabe noch so inadäquate Ursache sofort Beachtung als Ursache fordert, sobald dem diese Ursache Setzenden die Mittelglieder, durch deren Mitwirkung „aus der kleinen Ursache die grosse Wirkung" hervorging, genügend bekannt waren, um daraus einen Schluss auf die Notwendigkeit oder doch Wahrscheinlichkeit der letzteren ziehen zu können.

11. Mit den Ausführungen in Nr. 10 ist in der Hauptsache auch schon die Begründung des in Nr. 8 unter III aufgestellten Satzes gegeben: Der Endpunkt des Tuns bezw. Verursachens bei

---

[33]) Immer vorausgesetzt, dass es sich dabei um eine angeblich rein objektive Bestimmung der Ursachen-Art handelt. Vergl. oben Anm. 30 zu Nr. 9.

Körperbewegungen rechtlich unzurechnungsfähiger Personen, soweit ein solches Tun oder Verursachen für das Recht in Frage kommt, ist nach dem Maasse der Vorausberechnungsfähigkeit bei normalen Menschen zu bestimmen.

Dass bei unzurechnungsfähigen Menschen jede Schuldzurechnung ausgeschlossen ist, folgt aus dem Begriffe der Unzurechnungsfähigkeit selbst. Eine andere Frage ist es, ob der Begriff der Unzurechnungsfähigkeit, auch nur der Sache nach, allen positiven Rechten bekannt ist; allein für das Recht moderner Kulturvölker wird man in der Tat behaupten dürfen, dass sie nicht nur sämtlich diesen Begriff kennen, sondern auch darin übereinstimmen, dass Geisteskranke und Kinder bis zu einem gewissen Alter als Unzurechnungsfähige zu behandeln sind. Nicht als wenn sie diese Personen schlechthin als jeder Schuld bar und ledig ansähen; wohl aber, weil sie es als unmöglich erachten, die von ihnen selbst angenommenen Voraussetzungen der Schuldzurechnung bei solchen Personen mit Sicherheit festzustellen. (Vergl. oben Nr. 7 a. E.)

Wenn nun trotzdem unser positives Recht ausdrücklich eine Verursachung durch Handlungen Unzurechnungsfähiger anerkennt, an die sich unter Umständen wichtige Rechtsfolgen — insbesondere Erlaubtheit der Notwehr gegen Unzurechnungsfähige, sowie eine beschränkte Ersatzpflicht (B. G. B. 829) — knüpfen können, so gibt es hierfür von vornherein nur eine doppelte Erklärung: Entweder das Recht geht aus von einem rein objektiven Ursachenbegriffe oder es verlangt für den von ihm sonst angenommenen subjektiven Ursachenbegriff eine einfach analoge Anwendung dergestalt, dass die Tätigkeit des Unzurechnungsfähigen — ebenso wie die des fahrlässig Handelnden — in Betreff der Ursachlichkeit mit dem wohlüberlegten Tun des normal befähigten und ausgebildeten Menschen in Betreff der Ursachlichkeit auf dieselbe Stufe gestellt wird. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten kann nach unsern bisherigen Ausführungen, in denen sich uns schliesslich jeder rein objektive Ursachenbegriff als unbrauchbar erwiesen hat, nur zugunsten der zweiten Alternative ausfallen. Ja, bei näherer Betrachtung sind gewisse hierher gehörige Fälle besonders geeignet, jene Unbrauchbarkeit zumal der

herrschenden Kausalitätstheorie zu bestätigen. Vom Standpunkte der letzteren aus ist es z. B. völlig unmöglich, einen Unterschied zu machen zwischen einem Verhalten, das wenigstens dem Ansehen nach aus eigener Initiative des Unzurechnungsfähigen hervorgeht, und einem solchen, das ihn ausschliesslich als Werkzeug — gleichviel ob psychisches oder gar physisches — in der Hand eines Andern erscheinen lässt. Und doch kann es schwerlich einem Zweifel unterliegen, dass dieser Unterschied für die Annahme eines rechtswidrigen Angriffs oder einer nach B. G. B. § 829 zu beurteilenden Schadenzufügung seitens des Unzurechnungsfähigen von der höchsten praktischen Bedeutung ist. Es widerstrebt eben im Grunde unserm Gefühle viel weniger, selbst schon im Kinde und ebenso auch noch im Geisteskranken eine quasi-schöpferische Tätigkeit anzuerkennen, als eine solche da anzunehmen, wo nach Lage der äusseren Verhältnisse jede Vorausberechnung des eingetretenen Erfolgs ausgeschlossen war. Anderseits wäre es augenscheinliche, schneidende Ungerechtigkeit, wenn das Gesetz Geisteskranke und Kinder — wie beschränkt auch immer — unter Voraussetzungen haftbar machen wollte, unter denen es sogar für Personen, die im allgemeinen durchaus zurechnungsfähig sind, keine Ersatzpflicht kennt.

12. Wir kommen zu der vierten und letzten Schlussfolgerung, die wir schon in Nr. 5 aus der Auffassung der Verursachung als quasi-schöpferischer Tätigkeit von geistigem Ursprung und Charakter gezogen haben: die Möglichkeit, den Begriff der Verursachung auch auf rein psychische Vorgänge im Hinblick auf ihre Beziehung zu gewissen der Zeit nach spätern Ereignissen der Aussenwelt auszudehnen. Vor allem handelt es sich hierbei um die sogen. Commissivdelikte durch Unterlassung. Damit aber betreten wir ein Gebiet, das nicht nur ausserhalb der in Nr. 3 formulierten Frage liegt, sondern überhaupt einen Gegensatz zu dem gesamten Gebiete des Tuns bildet.

Das Wort „unterlassen“ drückt, wie wir bereits in § 32 bemerkt haben, keineswegs ein völliges Nichtstun aus, sondern stets bloss ein Negativ-verhalten im Vergleich mit einem als Ziel oder Aufgabe gesetzten oder auch nur gedachten bestimmten Tun.

Nun scheint es auf den ersten Anblick am nächsten zu liegen, die zwiefache Bestimmungsweise, die wir in Nr. 2 des gegenwärtigen Paragraphen näher nachgewiesen haben, auch für die Bestimmung des Unterlassens als maassgebend hinzustellen und demgemäss zu unterscheiden: 1. das Unterlassen eines nach seiner unmittelbaren äusseren Gestaltung bestimmten Tuns an sich; 2. das Unterlassen eines nach seiner Folge oder Wirkung bestimmten Tuns, d. h. eines Tuns, das zu einer solchen Folge führen würde oder doch könnte. Die Nicht-verhinderung eines gewissen Erfolgs bildet hiernach — als Unterlassen eines Tuns, das zum Nichteintritt einer gewissen Tatsache führen würde oder könnte — nur eine Unterart der zweiten Hauptart.

In der Tat wird gegen die Zulässigkeit einer solchen Rubrizierung kaum etwas einzuwenden sein. Allein bei näherer Betrachtung hebt sich doch die letzterwähnte Unterart nicht nur aus der zweiten Hauptart, sondern überhaupt aus dem ganzen Gebiete des Unterlassens in so eigentümlicher und bedeutsamer Weise heraus, dass wir uns noch zu einer andern, praktisch ungleich wichtigeren Zweiteilung innerhalb des gesamten Unterlassens genötigt sehen, indem wir nämlich unterscheiden: einerseits das Unterlassen eines positiv bestimmten Tuns, anderseits das Unterlassen eines negativ bestimmten Tuns. Unter den ersten Begriff fällt sowohl das Unterlassen eines Tuns von bestimmter Form, wie das Unterlassen einer bestimmten Art von Verursachung oder m. a. W. die Nicht-herbeiführung einer gewissen positiven Folge. Der zweite Begriff dagegen wird im wesentlichen erschöpft durch das Unterlassen eines Tuns mit negativ bestimmtem Zweck, d. h. durch die Nicht-verhinderung eines bestimmten Erfolgs; wenigstens ist damit die einzige Art von doppelter Negation gegeben, die nicht notwendig zugleich eine Aufhebung der Negation, also in Wahrheit eine Position — ein Tun statt des Unterlassens — bedeutet.

13. Halten wir uns an unsere zuletzt aufgestellte Zweiteilung, so dürfen wir uns bezüglich der ersten Hauptart von Unterlassungen — gleichviel, ob dieselben unmittelbar nach der Form des unterlassenen Tuns oder vielmehr nach einer positiven Folge des Tuns bestimmt erscheinen — jede weitere Erörterung sparen. Um so

mehr fordert die zweite Hauptart eine nähere Untersuchung oder, genauer gesagt, die Frage: Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Sinne ist eine Unterlassung als Ursache eines äusseren Ereignisses aufzufassen?

In neuerer Zeit hat sich mehr und mehr eine Auffassung Bahn gebrochen, welche schlechthin jede Verursachung durch Unterlassen ablehnt.[34]) Und dass diese Ansicht auf einem richtigen Grundgedanken beruht, gebe ich von vornherein zu: Eine Verursachung in demselben Sinne, in welchem wir sonst von Verursachung und insbesondere von physischer Verursachung reden, kann niemals in einem blossen Unterlassen gefunden werden. Nicht bloss „aus nichts wird nichts", sondern auch „durch nichts wird nichts".[35]) Und umgekehrt wird „aus nichts und etwas" immer nur gerade das, was ohne jede Rücksicht auf irgend ein „Nichts" aus dem fraglichen „Etwas" werden kann; wo das Gegenteil einzutreten scheint, da beruht dieser Schein einzig darauf, dass ein mitwirkendes „Etwas" übersehen wird, nicht auf dem nebenher zu konstatierenden „Nichts".

Mit anderen Worten: Eine blosse Unterlassung stellt in der Tat niemals eine jener Bedingungen dar, deren Gesamtheit wir im philosophischen oder ontologischen Sinne als Ursache bezeichnen. Denn bei dieser Begriffsbestimmung ist die schlechthin notwendige Voraussetzung, dass unter „Bedingungen" ausschliesslich Bedingungen im Sinne der Physik oder Metaphysik, d. h. wirkende Faktoren verstanden werden.[36]) Wohl mag man die Nichtverhinderung eines gewissen Erfolgs als negative Bedingung des letzteren hinstellen.

---

[34]) Vergl. hierzu Finger, „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (1904), S. 285 ff., insbes. S. 289 und die daselbst in Anm. 374 Citierten.

[35]) Wenn Landsberg (Commissivdelikte durch Unterlassung S. 93) das Gegenteil zu beweisen versucht durch den Hinweis auf die Bedeutung des luftleeren Raumes im Barometer, so ist ihm vor allem entgegenzuhalten, dass dieser „luftleere Raum im Barometer" schlechterdings kein blosses Nichts, sondern vielmehr ein kunstgemäss zubereitetes Etwas mit ganz bestimmten, handgreiflichen Grenzen ist.

[36]) Vergl. unsere frühere Ausführung in Nr. 3, Anm. 2 (S. 32). Wir haben dort den von G. Müller erhobenen Vorwurf, dass die Definition der „Ursache" als „Gesamtheit der Bedingungen" zu weit sei, mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass dieser Vorwurf auf einer Verwechselung des bloss logischen

Allein der Zusatz „negativ“ drückt zugleich aus, dass es sich um keine Bedingung im ontologischen Sinne, sondern nur um eine Bedingung im Sinne des gemeinen Sprachgebrauches oder — im günstigsten Falle — der Logik handelt. Von einer wahren Mitwirksamkeit derselben zu dem später eingetretenen Erfolge kann ebensowenig die Rede sein, wie von der Mitwirksamkeit eines blossen Wunsches.

In Übereinstimmung mit diesen Erwägungen steht im Grunde auch die gewöhnliche Anschauung des praktischen Lebens. Es fällt keinem Menschen ein — auch den gläubigsten Anhängern der früher herrschenden Lehre nicht —, schlechtweg jede Nichtverhinderung eines Erfolgs als dessen Verursachung zu bezeichnen oder auch nur dieser gleichzustellen. Es ist vielmehr in Wahrheit bloss ein Ausnahmefall, in welchem man dies dennoch und zwar ganz allgemein tut: nämlich unter der Voraussetzung, dass eine besondere Pflicht zur Verhinderung des eingetretenen Erfolgs bestand. Und gerade diese Ausnahme bekräftigt zunächst wiederum die Regel, dass eine blosse Unterlassung als solche niemals auf dieselbe Stufe mit einer „Ursache“ gestellt werden kann, auch nicht nach der Auffassung des praktischen Lebens und des Rechts.

14. Immerhin ist in den letzten Bemerkungen bereits der Punkt bezeichnet, wo die Bestreitung jeder Art von Verursachung durch Unterlassen mit dem positiven Rechte in unlösbaren Widerspruch gerät. Nehmen wir der Deutlichkeit halber sogleich ein konkretes Beispiel: Der Schwimmlehrer A lässt den B, der sich seiner Unterweisung anvertraut hat, ohne die Hülfe, die er ihm zu leisten verpflichtet gewesen wäre, und B ertrinkt. In unserer heutigen Juristenwelt, auch die treuesten Anhänger der in Nr. 13 besprochenen Theorie nicht ausgenommen, dürfte schwerlich ein Zweifel darüber bestehen, dass hier der A, je nach seiner inneren

---

Verhältnisses von Bedingung und Folge mit dem aktuellen Verhältnisse zwischen zusammenwirkenden Faktoren (Mitwirksamkeiten, Antecedentien) und ihrer Wirkung beruhe. Als selbstverständlich erschien uns dabei, dass bei der Definition des Ursachenbegriffs nur von Bedingungen im letzteren Sinne die Rede sein könne. Jener Vorwurf würde dagegen wirklich begründet sein, wenn man zu jener „Gesamtheit von Bedingungen“ auch noch andere, insbesondere sogenannte blosse negative Bedingungen rechnen wollte.

Stellung zur Sache, entweder nach Str. G. B. § 211 oder § 212 oder endlich wenigstens nach § 222 zu bestrafen ist. Aber wie will man dieses Urteil rechtfertigen, ohne zugleich zuzugeben, dass mindestens im Sinne des Gesetzes eine Verursachung des Todes des B durch den A vorliegt? Jeder Versuch, zu beweisen, dass das Gesetz keine derartige Subsumtion unter den Begriff der Verursachung, sondern nur eine Gleichbehandlung fordere, muss an der einfachen Tatsache scheitern, dass es an jeder allgemeinen Bestimmung in unserer Gesetzgebung fehlt, die eine solche Gleichsetzung von Tatbeständen behufs ihrer strafrechtlichen Beurteilung auch nur erlaubte.[37]) Wohl gibt es in unserem Strafgesetzbuche eine kleine Anzahl von Sonderbestimmungen, in denen die Gleichstellung von Unterlassungen mit bestimmten positiven Handlungen ganz speziell oder doch beiläufig gefordert wird. Auch stimmen diese Gesetzesvorschriften sowohl unter sich, als mit den allerverschiedensten Theorien über Commissivdelikte durch Unterlassung darin überein, dass sie ausschliesslich solche Unterlassungen berücksichtigen, die sich darstellen als Verletzung (Nichterfüllung) von Pflichten zu einem entgegengesetzten Handeln. Allein einen Schluss hieraus auf andere derartige pflichtwidrige Unterlassungen zu ziehen, vermögen wir doch immer nur unter der Voraussetzung, dass das Verhältnis zwischen Unterlassung und Folge-Erscheinung als dem Verhältnis zwischen Tun und Erfolg wesentlich gleichartig, m. a. W. als eine Art von Verursachung gedacht wird. Ohne diese Annahme, auf die überdies einige jener Sonderbestimmungen, wie namentlich Str. G. B. §§ 316 und 318, deutlich genug hinweisen,[38]) würde

---

[37]) Dass Str. G. B. § 189 keine Bestimmung in dieser Richtung ist, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Was hier mit Strafe bedroht wird, ist ein reines Omissivdelikt, nicht ein Commissivdelikt durch Unterlassung. Ganz davon zu schweigen, dass es sich hier nur um Nichtverhinderung fremder Verbrechen und Vergehen handelt und dass die Strafvorschrift nicht auf Gleichbehandlung, sondern auf eine selbständige, mildere Bestrafung der Nichtverhinderung geht.

[38]) Unter den § 316, Abs. 2 fällt z. B. zweifellos auch das von Finger a. a. O. S. 293 besprochene Beispiel: Der Brückenwächter, der es unterlässt, durch Stellung der Signalscheibe auf „rot" dem Führer des herannahenden Eisenbahnzuges anzuzeigen, dass die Brücke noch nicht geschlossen ist, hat dadurch — im Sinne des Gesetzes — den Transport in Gefahr gesetzt, also auch, wenn der Zug infolge davon verunglückt, diesen Unfall „verursacht".

überhaupt daraus nichts für die Behandlung der Unterlassungen zu erschliessen sein; denn die Folgerung einer Gleichbehandlung ohne eine sie begründende Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand wäre gleichbedeutend mit der Aufstellung einer unbegrenzten Reihe von bloss analogen Delikten, wie solche durch Str. G. B. § 2 zweifellos ausgeschlossen ist.

15. Auf der andern Seite liegt um so mehr die Frage nahe: Sollte nicht die eigentümliche Beziehung zwischen der Unterlassung und der ein entgegengesetztes Verhalten fordernden Pflicht den zureichenden Grund dafür abgeben, um — wenn auch nicht die Unterlassung als solche, so doch — das ganze in der Unterlassung sich kundgebende Verhalten des betreffenden Subjekts zu einer Ursache des wirklich eingetretenen, weil nicht verhinderten Erfolgs zu stempeln?

In der Tat stehe ich nicht an, diese Frage zu bejahen. Die im konkreten Falle bestehende Pflicht zur Verhinderung eines bestimmten Erfolgs hat, praktisch betrachtet, eine ganz ähnliche Bedeutung, wie irgend eine sachliche Einrichtung, die dazu bestimmt ist, den Eintritt eines gewissen Ereignisses zu verhüten. Das will sagen: So lange der Verpflichtete getreulich seine Pflicht erfüllt, ist auf den Nichteintritt jenes Erfolgs ebensogut zu rechnen, wie in dem andern Falle bei fortdauerndem Bestande jener sachlichen Einrichtung. Gleichwie nun die Beseitigung einer derartigen sachlichen Vorrichtung, z. B. das Niederreissen des Dammes, durch welchen einer Überschwemmung des abgedämmten Bezirks vor-

---

Dass jedoch hier ausnahmsweise eine „wirkliche Verursachung", eine Verursachung in dem Sinne vorliege, in welchem Finger die Möglichkeit von Verursachungen durch Unterlassung im allgemeinen selbst verneint, vermag ich nicht einzusehen. Die unmittelbare Ursache des Irrtums, welcher den Führer des Zuges veranlasst, mehr Dampf zu geben, ist nicht die Unterlassung des Brückenwächters, sondern einfach die Tatsache, dass die Signalscheibe auf „weiss" gestellt ist, und diese Tatsache beruht — physikalisch oder ontologisch betrachtet — wiederum nicht auf der Unterlassung, sondern auf der vorher erfolgten Einstellung. Der wahre Grund, warum uns hier die Unterlassung seitens des Brückenwächters „sich schlechthin nicht zu unterscheiden" scheint von dem Falle, „in welchem der Bahnwärter durch positives Tun die Scheibe auf weiss stellt", ist immer nur die Betrachtung unter dem Gesichtspunkte der Pflicht zu einem entgegengesetzten Verhalten.

gebeugt werden soll, zweifellos eine mitwirkende Bedingung oder Ursache des nunmehr doch eingetretenen Erfolgs darstellt, so erscheint uns auch die Nichtachtung der Pflicht oder, wenn man lieber will, die Unterdrückung des Pflichtgefühls, das den Verpflichteten hätte antreiben müssen, den betreffenden Erfolg — in unserm obigen Beispiele das Ertrinken des B — zu verhindern, als eine Mitursache, ja sogar vorzugsweise als die Ursache des wirklich eingetretenen Erfolgs. Man beachte wohl: Sie erscheint uns so. Ich sage nicht, dass sie in demselben Sinne oder in ganz derselben Weise Ursache der eingetretenen Folge sei, wie die Wegräumung des sachlichen Hindernisses. Aber die Analogie ist doch so stark und einleuchtend, dass hieraus die Ausdehnung des Ursachenbegriffs in der angegebenen Richtung, zumal im Sprachgebrauch des praktischen Lebens, sich leicht erklärt.

Bis zu einem gewissen Grade lässt sich eine solche analoge Verwendung des Ursachenbegriffs selbst vom Standpunkte der herrschenden Kausalitätslehre aus rechtfertigen. Doch eben nur bis zu einem gewissen Grade: nämlich nur, insofern man sich begnügt, die Nichtverhinderung, auch wo sie mit der Absicht, dass der zu verhindernde Erfolg eintrete, sowie mit dem Bewusstsein der Pflichtverletzung verbunden ist — gleichwie ein auf diesen Erfolg gerichtetes Tun —, immer bloss als Eine der mehreren zusammenwirkenden Ursachen hinzustellen. Wie wir hingegen dazu kommen, im praktischen Leben, und speziell im Rechtsleben eine einzige hiervon, im gegenwärtigen Falle die Nichtverhinderung, als Ursache herauszuheben und demgemäss dem A allein, nicht dem A und B zusammen, die Verursachung des Todes des B zuzuschreiben, bleibt vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus völlig unbegreiflich.

Ob oder inwieweit etwa die anderen neuerdings aufgestellten Kausalitätstheorien die letzterwähnte Tatsache begreiflicher machen könnten, lasse ich hier dahingestellt. Für unsern Zweck genügt es, konstatieren zu können, dass der von uns in Nr. 5 ff. entwickelte Ursachenbegriff auch hierfür eine sehr einfache Erklärung darbietet. Wenn alle Verursachung im Sinne der einschlagenden Gesetzgebung in einem quasi-schöpferischen Verhalten lebendiger Menschen besteht, wenn namentlich in dem von uns zum Ausgangspunkt

genommenen Normalfalle gewollter Verursachung die äussere Tat des Handelnden mit Einschluss des gewollten Erfolgs sich gleichsam nur als die Projizierung des inneren Vorgangs in die Aussenwelt hinein darstellt, so bietet sich auch von selbst die Schlussfolgerung dar, dass das Verhalten eines Menschen, der seine Pflicht, einen gewissen Erfolg zu verhindern, absichtlich hintansetzt, damit dieser Erfolg eintrete, gleichfalls als Verursachung des letzteren charakterisiert werden könne. Denn die äussere Handlung, d. h. die tatsächliche Nicht-erfüllung der Hinderungspflicht in Verbindung mit dem nicht-verhinderten, wirklich eingetretenen Ereignisse erscheint hier ganz ebenso, wie bei dem gewollten verursachenden Tun als eine Art Projizierung des geistigen Vorgangs im Handelnden, d. h. der Unterdrückung des Pflichtgefühls in der Absicht, den Erfolg, den er verhindern sollte, vielmehr hervorzurufen.

Die gleiche Anwendung oder Ausdehnung des Begriffs der Verursachung auf die fahrlässige Nichtverhinderung eines gewissen Erfolgs ergibt sich einesteils von demselben Gesichtspunkte aus, der uns veranlasst, das Tun des Fahrlässigen als Ursache des nicht gewollten, aber voraussehbaren Erfolges anzusehen (vergl. oben Nr. 5 und 6, insbes. S. 53), andernteils schon aus der Erwägung, dass auch in der Fahrlässigkeit stets eine Nichtachtung der im konkreten Falle bestehenden Rechtspflicht zur Hinderung des Erfolgs liegt, — freilich keine Nichtachtung aus bewusster Absicht, wohl aber aus Leichtfertigkeit oder Unbedachtsamkeit.

16. Bei alledem ist es vielleicht nicht überflüssig, zum Schlusse der gegenwärtigen Erörterungen nochmals energisch zu betonen, worum es sich eigentlich für die Rechtswissenschaft handelt, wenn sie die „Lehre vom Kausalzusammenhange“ in den Kreis ihrer Betrachtungen zieht. Nicht darauf nämlich kommt es an, den Zusammenhang der Dinge und Ereignisse an sich zu analysieren und klarzulegen, sondern — mindestens in erster Linie — allein darauf, die Auffassung festzustellen, die ein positives Recht oder, wenn man lieber will, Gesetzgeber und Recht-anerkennende Genossen von jenem Zusammenhange haben. Wohl hat das Recht die Aufgabe, das Verhalten der Rechtsgenossen im Hinblick auf den wirklichen Zusammenhang der Dinge und Ereignisse zu regeln.

Allein diese Regelung ist doch immer nur möglich aus bestimmten Vorstellungen über jenen wirklichen Zusammenhang heraus, und für die Auslegung und Anwendung der einzelnen Rechtsvorschriften müssen demnach zweifellos diejenigen Vorstellungen maassgebend sein, welche von den betreffenden Vorschriften selbst vorausgesetzt werden. Eine Untersuchung über den wirklichen Zusammenhang der Dinge und Ereignisse an sich, wie sie etwa Aufgabe der Philosophie oder der Naturwissenschaft ist, hat für die Jurisprudenz nur dann Wert, wenn sie zu Resultaten führt, die entweder mit den Voraussetzungen bezw. wenigstens den darauf gegründeten Vorschriften des bestehenden Rechts übereinstimmen oder umgekehrt geeignet sind, eine Reform des Rechtes selbst — zum mindesten der formellen Gestaltung nach — als notwendig zu erweisen.[39])

Zugleich ist niemals zu vergessen, dass es dem allgemeinen Zwecke und insbesondere dem Erfordernisse einer gewissen Gemeinverständlichkeit des Rechts entspricht, wenn seine Vorschriften sich möglichst eng an die Auffassung und den Sprachgebrauch des täglichen praktischen Lebens anschliessen. Bedenkt man nun, wie schwankend und zwiespaltig oft die Anschauungen dieses gemeinen

[39]) Wenn im Gegensatz hierzu Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 22) behauptet: „die Rechtssprechung hat sich nicht an die unrichtigen Rechtssätze, sondern an die Korrekturen der Wissenschaft zu halten", so beruht dies auf einer unwillkürlichen Vermengung der Bedeutung wissenschaftlicher Erkenntnis an sich, für die Rechtsbildung und für die Rechtsanwendung. Allerdings kann das Recht an den Gesetzen des Seins und Geschehens nichts ändern; es kann nicht bestimmen, wann und wie die Dinge oder Naturkräfte aufeinander oder miteinander wirken, also auch nicht, was Kausalität in der Natur sei usw. Es versteht sich daher auch ganz von selbst, dass die wissenschaftliche Forschung nie und nimmer durch ein Recht gebunden werden kann, es sei denn für solche, die einen völlig infalliblen Gesetzgeber kennen. Allein indem das Recht Forderungen an den Willen der Menschen stellt, fordert es notwendig auch, dass diese Forderungen so erfüllt werden, wie sie gemeint sind, und wo dies nur möglich ist von gewissen theoretischen Voraussetzungen aus, da ist von dem Adressaten notwendig auch die Beachtung jener theoretischen Voraussetzungen gefordert, mögen solche im übrigen richtige sein oder nicht. Der Richter und jeder, den es sonst angeht, ist an diese gesetzlich sanktionierten Voraussetzungen ganz ebenso gebunden, wie an die daran geknüpften Gebote. Aus der fortschreitenden Erkenntnis der Wissenschaft kann sich wohl ein Grund für die Umbildung des bestehenden Rechts durch Gesetzgebung oder Gewohnheit ergeben; für die

praktischen Lebens sind, und weiter, wie verschiedene Bedeutungen bisweilen — teils zufolge der eigentümlichen Beweglichkeit unsers Denkens, teils wegen einer gelegentlichen Armut der Sprache — mit ein und demselben Ausdrucke verknüpft erscheinen, so muss, wie wir schon in Nr. 5 bemerkten, von vornherein die Möglichkeit anerkannt werden, dass auch die Worte „Ursache", „Verursachung" usw. im Sprachgebrauch des Rechts nicht immer die gleichen Vorstellungen vom Zusammenhange der Dinge und Ereignisse ausdrücken. Den schlagendsten Beweis, dass es sich dabei um keine bloss theoretische Möglichkeit handelt, bietet vielleicht derjenige „ursächliche Zusammenhang", den unsere Reichsgesetzgebung — zwar nicht nach ihren eigenen Worten, wohl aber nach der allgemeinen Annahme der juristischen Doktrin und Praxis — für die Behandlung eines „Unfalls im Betriebe" nach den Bestimmungen des Haftpflicht- oder Unfallversicherungsgesetzes fordert. Denn sehen wir auch ganz davon ab, inwiefern etwa der Zusammenhang zwischen Betrieb und Unfall als ein loserer oder sonstwie anderer zu denken sei, als der Kausalzusammenhang in Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich von einem Verursachen spricht, so tritt uns hier als „Ursache" jedenfalls nicht das näher

---

Rechtsauslegung und Rechtsanwendung dagegen kommen sie an und für sich nicht in Betracht. Das Beispiel, an welchem Zitelmann seine gegenteilige Ansicht besonders leicht begründen zu können glaubt, spricht bei genauerer Betrachtung gerade gegen ihn. Freilich, „wenn die Medizin im Gegensatze zum Gesetz zu dem Resultat kommt, dass in den sogen. „„lucida intervalla"" eine krankhafte Störung des allgemeinen geistigen Zustandes vorhanden sei", da wird dies praktisch dazu führen, dass die medizinischen Sachverständigen das Vorhandensein solcher Intervalle in jedem konkreten Falle verneinen, und danach ist der Richter regelmässig nicht in der Lage, dem Kranken noch irgendwelche Handlungsfähigkeit zuzuerkennen. Die fortschreitende Erkenntnis der Wissenschaft wirkt hier also in der Tat ähnlich, wie eine Änderung des Rechts selbst, aber aus ganz anderem Grunde. Dies tritt klar hervor, wenn wir die Sachlage umgekehrt denken. Nehmen wir nämlich an, das Gesetz selbst beruhe auf der Voraussetzung, dass es keine sogen. „lucida intervalla" gebe, so wird auch Z. kaum leugnen, dass der Richter schlechterdings nicht in der Lage ist, einen Geisteskranken zu verurteilen, auch wenn inzwischen die Wissenschaft deren Möglichkeit anerkannt und die medizinischen Sachverständigen solche im konkreten Falle behauptet hätten. Vergl. im übrigen Birkmeyer, „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht", Gerichtssaal 1885, Bd. 37, S. 298, Anm. 42.

bestimmte Verhalten bestimmter Menschen, mit dem sich unsere bisherigen Ausführungen ausschliesslich beschäftigen durften, sondern vielmehr unter dem Titel „Betrieb" ein eigentümlicher Komplex von Einrichtungen und Tätigkeiten entgegen, der nur in ziemlich künstlicher Weise als Ausfluss des Verhaltens bestimmter Personen aufgefasst werden könnte. (Vergl. ausserdem oben Anm. 18 zu Nr. 6, S. 52.)

Aber auch derjenige Begriff der Verursachung, den wir in den vorausgehenden Ausführungen entwickelt haben, ist danach nicht als ein von Haus aus einheitlicher zu denken. Die beiden Gesichtspunkte, auf denen unsere obige Auffassung der Verursachung als eines quasi-schöpferischen Verhaltens selbsttätiger Geister beruht, treten zusammen zunächst nur hervor in einem gewollten Tun, durch welches ein bestimmter, fester Plan in allen Stücken vollständig realisiert wird. Hier scheint in der Tat eine einfache Projizierung innerer Vorgänge in die Aussenwelt, m. a. W. eine Art Schöpfungsakt vorzuliegen. Schon etwas modifiziert erscheint dieser Ursachenbegriff einerseits in der Anstiftung und mittelbaren Täterschaft, anderseits in der bewussten pflichtwidrigen Nichtverhinderung eines Erfolgs; doch lassen sich hier immer noch die beiden grundlegenden Gesichtspunkte nebeneinander deutlich konstatieren. Eine ganz erhebliche Veränderung und Erweiterung dagegen hat der Begriff erfahren bei seiner Anwendung auf das Handeln mit nicht-gewolltem Erfolge, noch mehr in der Ausdehnung auf das Tun unzurechnungsfähiger Personen.

Ob oder inwieweit diese unsere Entwicklung des Begriffs der Verursachung in dem positiven Rechte, aus dem wir ihn abgeleitet haben, wirklich begründet ist, bleibt natürlich eine Frage für sich. Für die juristische Prinzipienlehre, soweit solche mit der Lehre vom Unrecht zu tun hat, genügt — wie wir ebenfalls bereits in Nr. 5 betont haben — der Hinweis, dass das Tun oder Unterlassen, wie es allein Gegenstand eines Gebotes oder Verbotes sein kann, entweder nach seinem unmittelbaren Inhalt oder durch die Beziehung auf eine gewisse Folge bestimmt sein und dass die genauere Feststellung dieser letzteren Beziehung, auch wenn sie dem Wortlaute nach unter eine allgemeine philosophische oder naturwissenschaftliche Kategorie fällt, dennoch als eine wesentlich positivrechtliche Aufgabe behandelt werden muss.

§ 34.

Subjektiv — vom Standpunkte des Handelnden aus — angesehen, stellt sich alles Tun oder Unterlassen entweder als bewusstes oder unbewusstes, gewolltes oder ungewolltes dar.

Bewusst ist dasjenige Tun oder Unterlassen, das von dessen Subjekte im Zeitpunkte des fraglichen Verhaltens selbst nicht nur seinem wesentlichen Inhalte nach, und zwar als ein wirkliches, sondern auch speziell als sein eigenes Tun oder Unterlassen vorgestellt wird; unbewusst jedes, bei welchem dies nicht zutrifft.

Gewollt ist ein Tun oder Unterlassen, sofern es die Realisierung eines Willensentschlusses, und zwar durch den Wollenden selbst, bildet; ungewollt jedes, bei welchem dies nicht der Fall ist.

1. Gemeiniglich werden „bewusstes" und „gewolltes" Tun oder Unterlassen als identische Begriffe behandelt. Nicht als wenn die Meinung dahin ginge, Wissen und Wollen seien im Grunde nur zwei Vorstellungen oder gar nur zwei Ausdrücke für ein und dieselbe geistige Tätigkeit; diese äusserste Konsequenz zu ziehen hat erst eine Richtung in unserer modernsten Wissenschaft gewagt. Wohl aber pflegt man anzunehmen, dass ein bewusstes Tun oder Unterlassen stets zugleich ein gewolltes sei und umgekehrt ein gewolltes stets zugleich ein bewusstes. Bei näherer Betrachtung indessen erweisen sich diese Voraussetzungen beide als unrichtig. In den meisten Fällen freilich scheinen sich Bewusstsein und Wille vollständig zu decken. Allein ganz abgesehen von der Frage, inwieweit dieser Schein begründet, also auch in diesen die überwiegende Mehrzahl bildenden Fällen eine wirkliche Gleichförmigkeit nach Inhalt und Umfang zu behaupten ist, bleiben unter allen Umständen gewisse andere Fälle übrig, in denen ein bewusstes Tun oder Unterlassen kein gewolltes, und umgekehrt solche, in denen das gewollte Tun oder Unterlassen kein bewusstes ist. Es kommt mithin darauf an, nicht bloss das bewusste Tun oder Unterlassen vom unbewussten, das gewollte vom ungewollten scharf zu unterscheiden, sondern auch das bewusste vom gewollten, das unbewusste vom ungewollten.

2. Wir nennen ein Tun oder Unterlassen „bewusst", wenn es gleichzeitig von demjenigen, als dessen Tun oder Unterlassen es uns erscheint, nicht nur nach seinem wesentlichen, charakteristischen Inhalte, und zwar als ein wirkliches vorgestellt, sondern auch als sein eigenes Tun oder Unterlassen erfasst wird. Ausser dem Tun oder Unterlassen als solchem setzen wir also einen zwiefachen Vorgang im Innern des fraglichen Subjekts, dem wir jenes Tun oder Unterlassen zuschreiben, voraus:

I. Eine dem tatsächlichen äusseren Tun oder Unterlassen entsprechende, den gegebenen Tatbestand von jedem andern, wenngleich noch so ähnlichen, unterscheidende Wahrnehmung.

II. Eine Beziehung des betreffenden Tuns oder Unterlassens auf das eigene Ich als auf das Subjekt dieses Tuns oder Unterlassens.

Wo auch nur die eine oder die andere dieser beiden Voraussetzungen unerfüllt bleibt, kann von keinem bewussten Tun oder Unterlassen die Rede sein. Wenn ein Fieberkranker von seinem eigenen äusseren Verhalten als von dem einer dritten Person spricht, so erscheint uns jenes äussere Verhalten ebensowenig als ein bewusstes, wie die Körperbewegungen, die er auf dem Bette oder in der Luft macht, während er zu schreiben wähnt.

Für beide Vorgänge gilt aber überdies eine dritte, ebenfalls schon in der oben aufgestellten Definition angedeutete Voraussetzung:

Sie müssen mit dem äusseren Tun und Unterlassen in denselben Zeitraum fallen.

Wo die fraglichen Innen-Vorgänge dem äusseren Tun oder Unterlassen, auf das sie sich beziehen, offenbar erst nachfolgen, wo m. a. W. das Subjekt des betreffenden äusseren Verhaltens sich dieses seines Verhaltens erst nachträglich bewusst wird, da fällt es ebenfalls keinem Menschen ein, das tatsächliche Verhalten selbst als ein bewusstes zu bezeichnen. Fraglicher mag es uns auf den ersten Anblick dünken, ob nicht ein vorangehendes Bewusstsein oder, richtiger gesagt, die Vorstellung von einem zukünftigen Tun oder Unterlassen, wie sie insbesondere bei jedem bewussten Willensentschlusse ihre notwendige Rolle spielt, unter allen Umständen

genügen müsse, um ein zeitlich nachfolgendes und inhaltlich übereinstimmendes äusseres Verhalten zu einem bewussten zu stempeln. Genauer besehen jedoch ist auch diese Frage zu verneinen; die gegenteilige Entscheidung beruht auf einer Verwechselung von „bewusstem“ und „gewolltem“ Tun, worüber später. Wohl mag das Vorangehen wesentlich übereinstimmender geistiger Vorgänge eine mehr oder minder starke Vermutung begründen, dass auch das nachfolgende entsprechende Verhalten desselben Subjekts von einem ähnlichen Bewusstsein begleitet gewesen ist. Allein wenn diese Vermutung in Wirklichkeit nicht zutrifft, wenn vielmehr nachweislich *während* des fraglichen Tuns oder Unterlassens dessen Subjekt im Zustande der Bewusstlosigkeit oder doch unter dem ausschliessenden Einflusse ganz anders gearteter Vorstellungen sich befand, so darf *dieses* Tun oder Unterlassen selbst — trotz der Übereinstimmung mit den vorausgegangenen Vorstellungsbildern im Innern des betreffenden Subjekts — *nicht* als ein bewusstes Tun oder Unterlassen prädiziert werden. Ja, wir dürfen noch weiter gehen: Sofern ein gewisses Tun sich aus einer Mehrzahl von Einzeltätigkeiten zusammensetzt, von denen nur die eine oder die andere in unserer Vorstellung auftaucht, so ist immer nur jene bestimmte Einzeltätigkeit eine bewusste, nicht die Verbindung der mehreren Tätigkeiten, die dem aussenstehenden dritten Beobachter als ein Tun sich darstellt. Dagegen genügt allerdings im umgekehrten Falle eine im wesentlichen adäquate Vorstellung von dem zusammengesetzten Tun als einer Einheit, also *ohne* besonderes Bewusstsein von den verschiedenen Einzelvorgängen, aus welchen sich dieses Tun zusammensetzt, um dasselbe im ganzen als ein bewusstes erscheinen zu lassen; so ist beispielsweise Sprechen, Schreiben, Lesen bei normalem Geisteszustande des entsprechend Handelnden regelmässig ein bewusstes, wenngleich die einzelnen körperlichen Bewegungen, aus denen sich jede dieser eigentümlichen Formen menschlicher Tätigkeit zusammensetzt, völlig unbewusst, als blosse angelernte Fertigkeiten oder gar Reflexbewegungen vollzogen werden. Auch ist zu beachten, dass es bei all den Handlungen, die wir nicht nach der unmittelbaren Form des äusseren Verhaltens eines Menschen, sondern nach den durch sie hervorgerufenen Folgen in der Aussenwelt näher charakterisieren, wesentlich nur auf das

Bewusstsein des Zusammenhanges zwischen der als Eigentätigkeit empfundenen Körperbewegung und der dadurch verursachten Folge als solcher ankommt. Die daneben etwa vorhandene Vorstellung von den dazwischen liegenden einzelnen Gliedern der Kausalitätskette mag immerhin eine ganz dürftige oder auch dem wirklichen Sachverhalt widersprechende sein; es bleibt dies für die Auffassung des Tuns als eines bewussten ebenso bedeutungslos, wie die Unkenntnis oder irrige Vorstellung der mancherlei Vorgänge im menschlichen Körper, durch welche das Zustandekommen einer bestimmten — einfachen oder zusammengesetzten — Körperbewegung bedingt ist. Wo dagegen eine ganz andere Folge als Wirkung der an sich bewussten Körperbewegung vorgestellt war, als die nachher wirklich eingetretene, da ist das äusserlich nach der letzteren bestimmte Tun wiederum kein bewusstes. Eine Handlung z. B., die wir um ihrer Folge willen als Tötung eines Menschen oder noch genauer — mit Rücksicht auf eine bestimmte Art von Schuld — als fahrlässige Tötung kennzeichen, ist in der Regel an und für sich eine bewusste, auf ein bestimmtes, aber anders geartetes Ziel gerichtete Handlung; aber eine bewusste Tötung oder Tötungshandlung ist es nicht. Fraglicher kann es erscheinen, ob für ein solches nach der Folge näher bestimmtes Tun oder Unterlassen, um es zu einem bewussten zu machen, ein entsprechendes Bewusstsein zu einem zwiefachen Zeitpunkte, nämlich auch zur Zeit des Eintritts der Folge-Erscheinung, erfordert wird oder ob dessen Vorhandensein im Momente der verursachenden Körperbewegung — also als Vorstellung einerseits von der gegenwärtigen Eigentätigkeit, anderseits von der dadurch bedingten Folge als einer zukünftigen — genügt. Ich stehe nicht an, diese Alternativfrage nach ihrer zweiten Hälfte hin zu bejahen; aber so einfach, wie die meisten sich diese Entscheidung denken, indem sie gerade hier gewolltes und bewusstes Tun kurzweg durcheinander werfen, liegt die Sache doch nicht. Man kann sogar beim ersten Anlauf versucht sein, sich für das Gegenteil zu entscheiden. Darf man sagen, der A habe mit Bewusstsein den B getötet, wenn zur Zeit der Tod des B noch gar nicht eingetreten, also von einer vollendeten Tötung überhaupt noch nicht zu reden ist? Offenbar nicht, sofern man bei dem Worte „töten“ den Eintritt des Todes als etwas

Gegenwärtiges, zur Charakteristik der Tat selbst Gehöriges auffasst. Und diese Auffassung ist — hier wie bei anderen derartigen Ausdrücken, die ein Tun oder Unterlassen nach der daran geknüpften Folge kennzeichnen — durchaus zulässig; ja, wir teilen sie regelmässig, wo wir beim Vollzug der jene Folge verursachenden körperlichen Tätigkeit noch gar kein Bewusstsein von einer solchen Folge voraussetzen. Allein ebensogewiss können wir Ausdrücke der fraglichen Art — wie töten, beschädigen, zerstören, in Brand setzen, verletzen, verfälschen — auch in einem noch präziseren Sinne gebrauchen, indem wir dabei nur denken an das Setzen der Ursache zum Tode, zum Schaden, zum Untergange usw. Und von diesem Standpunkte aus, der, wissenschaftlich betrachtet, zweifellos der korrektere ist, erscheint das Tun oder Unterlassen, das wir durch jene Worte bezeichnen, der Sache nach bereits als abgeschlossen mit der körperlichen Tätigkeit, welche die Ursache des Todes, des Schadens usw. bildet, mag auch der Eintritt der Wirkung oder m. a. W. die Verwirklichung des zunächst nur im Geiste geschauten Kausalitätsverhältnisses erst später gewiss und damit die objektive Kennzeichnung des fraglichen Verhaltens als eines Tuns oder Unterlassens von der bestimmten, verursachenden Art überhaupt erst möglich werden. Aus den letzten Erwägungen folgt dann aber auch ganz von selbst, dass es sich bei der Konstatierung eines bewussten Tuns oder Unterlassens solcher Art immer bloss um das Bewusstsein während des als Ursache in Betracht kommenden körperlichen Verhaltens handeln kann. Denn einerseits reicht zum Bewusstsein von der Ursachlichkeit des eigenen Verhaltens in Bezug auf eine bestimmte Wirkung jede auch bloss subjektive Gewissheit aus, dass die eigene Tätigkeit oder Untätigkeit jene charakteristische Folge haben werde — gleichviel, ob der Eintritt dieser Folge sofort oder erst nach längerer Zeit erwartet wird. Anderseits erscheint es als völlig gleichgültig für die Charakteristik des Tuns oder Unterlassens als solchen — insbesondere auch als eines bewussten —, ob der Handelnde selbst den wirklichen und sofortigen oder späteren Eintritt des Erfolgs tatsächlich erfährt oder nicht.

3. So streng wir auch an den in Nr. 2 erörterten Voraussetzungen festhalten mögen, so wenig dürfen wir uns darum der

Notwendigkeit entziehen, innerhalb des danach sich ergebenden „bewussten Tuns und Unterlassens“ mannigfache Unterschiede und Abstufungen anzuerkennen. Es würde für uns zwecklos sein, eine vollständige Klassifikation hiervon zu erstreben; aber bei der nicht unerheblichen Bedeutung, die diesen Unterschieden — mindestens teilweise — für die Abschätzung der Schuld, wie umgekehrt des Verdienstes zukommt, dürfte es angebracht sein, schon an dieser Stelle einige der wichtigsten, wie sie sich uns fast von selbst aufdrängen, herauszuheben.

Fürs erste fällt uns da jene grosse Verschiedenheit in der Wahrnehmung der einzelnen Bestandteile ins Auge, aus denen sich ein bestimmtes äusseres Tun zusammensetzt; eine Verschiedenheit, auf die wir bereits in Nr. 2 beiläufig hinzuweisen hatten. Selbstverständlich setzen wir dabei stets voraus, dass der Handelnde sich aller wesentlichen Bestandteile des fraglichen Tuns, d. h. aller derjenigen Merkmale bewusst ist, ohne welche dieses Tun überhaupt nicht als ein Tun von einer bestimmten Art gedacht werden kann. Hierzu reicht jedoch, wie ebenfalls schon erwähnt, regelmässig eine Wahrnehmung von sehr allgemeinem Inhalte aus. Zu einer bewussten Körperverletzung z. B. genügt das blosse Bewusstsein des Handelnden, dass er durch seine Körperbewegung jene Folge hervorrufe; ein klares Überblicken des Zusammenhanges ist keineswegs erforderlich, ja nicht einmal volle Klarheit über die Art der eigenen Körperbewegung. Über jenes angegebene Minimum hinaus sind also — zumal je komplizierter ein Tun erscheint — die mannigfaltigsten Grade und Schattierungen des Bewusstseins, hinauf bis zu der vollständigen, klaren Erkenntnis aller wahrnehmbaren oder sonst wissbaren Eigenschaften und Bestandteile des betreffenden Tuns denkbar. Anders liegt die Sache beim bewussten Unterlassen; da von Eigenschaften oder Bestandteilen eines Unterlassens überhaupt nicht die Rede sein kann, so verbietet sich in dieser Hinsicht auch die Annahme eines verschieden gearteten Bewusstseins. Dagegen liegt es nahe, ein mehr oder weniger dauerndes oder fortgesetztes, sowie ein bloss vorübergehendes, nur in gewissen Einzelpunkten vorhandenes Bewusstsein der Unterlassung zu unterscheiden.

Weitere Unterscheidungen ergeben sich in Betreff des erforderlichen Selbstbewusstseins oder, wie wir schon im Eingang von Nr. 2

genauer sagten, in Betreff der Beziehung des Tuns oder Unterlassens auf das eigene Ich als auf das Subjekt dieses Tuns und Unterlassens. Vor allem ist es von Wichtigkeit, darauf hinzuweisen, dass ein Tun oder Unterlassen dem Subjekte desselben nicht nur als ein von ihm selbst gewolltes, sondern unter Umständen auch umgekehrt als ein nicht-gewolltes bewusst sein kann. Die letztere Art des Bewusstseins ist insbesondere nicht zu verwechseln mit irgendwelchem blossen Mangel des Bewusstseins. (Vergl. hierzu unten Nr. 8.)

Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass man auch von einem verschiedenen Grade des Bewusstseins zu sprechen pflegt, je nachdem mit jenem Minimum von Bewusstsein, das erforderlich ist, um überhaupt von einem bewussten Tun oder Unterlassen sprechen zu können, in grösserem oder geringerem Maasse oder auch etwa gar nicht das Bewusstsein von den Beziehungen verbunden ist, in welchen das fragliche Tun oder Unterlassen zu irgendwelchen — nicht schon im Begriffe eines bestimmten Tuns mitgedachten — Erscheinungen der Aussenwelt oder gewissen Forderungen des Gemütes, der Religion, der Moral, des Rechts usw. steht. Es wird später, bei der Lehre von der Schuld, eingehender zu erörtern sein, welche rechtliche Bedeutung einerseits dem Vorhandensein eines derartigen „höheren Bewusstseins", anderseits dem Mangel eines solchen zukommt; vorläufig mag es genügen, auf diesen Punkt aufmerksam gemacht zu haben.

4. Der Begriff des „gewollten Tuns oder Unterlassens" ist augenscheinlich identisch mit dem Begriffe der „Handlung", wie wir ihn in § 21, Nr. 1 (Bd. II, S. 47ff.) näher bestimmt und in § 31, Nr. 1, Anm. 1 (S. 17) nochmals gerechtfertigt haben. Nur dass der erstere Begriff schon in seiner äussern, etwas schwerfälligen Fassung auf die zwei a. a. O. erörterten wesentlichen Bestandteile jeder „Handlung" hinweist: in dem Worte „gewollt" auf die bestimmte geistige Tätigkeit, die wir als erste Voraussetzung jeder wahren Handlung betrachten; in den Worten „Tun oder Unterlassen" auf die beiden Formen äusseren Verhaltens, in denen sich die „Realisierung des Gewollten durch den Wollenden selbst" ausschliesslich vollziehen kann. Da nun unsere Definition des Handlungsbegriffs bei den Untersuchungen über die Rechtshandlungen sich

uns durchaus bewährt hat und es mir gegenwärtig gerade darauf ankommt, das gewollte Tun oder Unterlassen, wie es zahlreichen Unrechtsarten charakteristisch ist, vorerst als etwas rein Tatsächliches, auch ausserhalb des Unrechts Vorkommendes, ins Auge zu fassen, so wird es angemessen sein, jene früheren Ausführungen, soweit sie zugleich für eine Erörterung über das Unrecht irgendwelches Interesse bieten, der folgenden Darstellung zu Grunde zu legen.

Wir beginnen mit der wiederholten Betonung der Tatsache, dass die Tätigkeit unserer Seele, die wir als Wollen (oder als Setzen von Zwecken) charakterisieren, keineswegs identisch ist mit blossem Wünschen und Begehren. Wohl ist dem Wollen mit den zuletzt genannten Vorgängen gemeinsam die Beziehung auf ein Ziel, dessen Erreichung uns als ein Gut erscheint, sofern sie entweder ein Gefühl der Lust oder doch Beseitigung eines vorhandenen Unlustgefühls in Aussicht stellt. Allein das Wünschen oder Begehren [1]) ist noch keine bestimmte Antwort auf den Anreiz, den jenes vorgestellte Ziel auf die fühlende Seele ausübt; dies selbst dann nicht, wenn sich damit eine vollständige Kenntnis der Mittel zur Erreichung des Zieles und weiter das Bewusstsein verbindet, dass man das Ziel erreichen könne, wenn man nur wolle. Vielmehr ist es auch im letzten Falle nicht mehr als ein die wirkliche Antwort vorbereitender Geisteszustand, ein Zustand eigentümlicher Erregung, und zwar zu Gunsten des vorgestellten Gutes, [2]) — ein Zustand, der auch durch die eingehendste Überlegung der für und wider sprechenden Gründe zunächst nur fortgesetzt und eventuell gesteigert oder abgeschwächt

---

[1]) Ob und wie etwa zwischen Wünschen und Begehren zu unterscheiden sei, kommt für unsere jetzige Erörterung ebensowenig in Frage, wie für unsere frühere; und dasselbe gilt für die Unterscheidung zwischen Trieb und Begehren. Vergl. jedoch a. O. Anm. 4 (Bd. II, S. 49 f.).

[2]) Also nicht etwas rein Passives, nicht ein blosses Erfahren des Reizes, an den wir in erster Linie denken, wo wir Ausdrücke, wie „mich verlangt" oder „mich gelüstet" gebrauchen, sondern bereits eine bestimmte Art der Gegenwirkung, ein eigentümliches unwillkürliches Sichhingeben an den Reiz, — aber doch immer noch keine Entscheidung, keine in sich klare, positive Selbstbestimmung für oder wider. Vergl. a. O. Anm. 5 (Bd. II, S. 50).

wird,[3]) aber erst durch das Eingreifen der Willenstätigkeit oder m. a. W. durch einen Willensentschluss zu einem gewissen Abschlusse gelangt. Erst hiermit ist wirklich ein Zweck gesetzt: sei es die tatkräftige Verfolgung des gewünschten Gutes, sei es umgekehrt die Unterdrückung oder doch vorläufige Sistierung des Wunsches oder Begehrens.

„Mit der vorstehenden Kennzeichnung des Willensentschlusses ist bereits ausgesprochen, dass der Begriff des Wollens nicht zu beschränken ist auf denjenigen Willensakt, der sich unmittelbar auf Hervorbringung einer Bewegung des eigenen Körpers richtet. Einmal gibt es, und zwar in ausgedehntem Umfange, auch Willensentschlüsse, die sich ausschliesslich auf das Innenleben beziehen; so der schon erwähnte Entschluss, einen Wunsch zu unterdrücken oder zu sistieren, so der Wille, sich etwas zu überlegen, auf irgend etwas aufzumerken usw. Anderseits reicht der Willensentschluss, ein bestimmtes äusseres Ziel zu verfolgen, weit über ein blosses Wollen der als Mittel hierzu dienenden Körperbewegung hinaus; er begreift notwendig zugleich alle die Folgen der körperlichen Bewegung, ohne welche die Erreichung des Zieles überhaupt nicht gedacht werden konnte.“[4])

Bei alledem verstehen wir unter dem „Wollen“ natürlich stets ein bewusstes Wollen. Völlig unmöglich ist es ja freilich nicht, sich einen Begriff des „Wollens im weitern Sinne“ zu bilden, unter den sich dann alle möglichen unbewussten Strebungen unsrer Seele gleichfalls subsumieren lassen. Allein ganz abgesehen von den Bedenken, die sich gegen eine solche Begriffsbildung, namentlich vom Standpunkte des Sprachgebrauches, erheben lassen, darüber kann kein Zweifel bestehen: Unbewusste Willensentschliessungen

---

[3]) Dieses Stadium der Überlegung wird uns noch wiederholt beschäftigen. Vorläufig jedoch interessiert es uns um so weniger, als es wohl kaum als ein schlechthin notwendiges Zwischenstadium zwischen Begehren und Willensentschluss gelten kann. Ich verweise in dieser Beziehung auf meine Bemerkungen a. O. Anm. 6 (Bd. II, S. 51 f.).

[4]) Die nähere Begründung der letzten Sätze ist a. O. Anm. 7 und 8 (Bd. II, S. 52 ff.) gegeben. Wir kommen ausserdem unten in Nr. 5 hierauf noch zurück.

gibt es nicht. Und überall, wo wir von einem gewollten Tun oder Unterlassen im Gegensatz zu einem ungewollten sprechen, da setzen wir doch eben ein Tun oder Unterlassen voraus, das auf einem Willensentschlusse — häufig auch auf einer ganzen Reihe von Willensentschliessungen — beruht.

Wenden wir nun das oben in Nr. 2 über „bewusstes Tun" Bemerkte analog auf das gleichfalls bewusste „Wollen" an, so ergibt sich von selbst die Folgerung: Mit jedem Wollen ist notwendig sowohl eine Vorstellung von dem wesentlichen Inhalte des Wollens — zum mindesten von dem Ziele und von dem Vorhandensein eines Strebens —, als auch eine Beziehung dieses Strebens auf das eigene Ich als auf das Subjekt des Wollens verbunden. Aber unter allen Umständen kann es sich nur um eine Verbindung dieses zwiefachen Bewusstseins mit demjenigen Geistesakte handeln, den wir als Wollen oder Streben den Gefühlen, sowie den verschiedenen Arten des Bewusstseins gegenüberstellen, — niemals um eine völlige Identifizierung mit den letzteren. Wer das Gegenteil behauptet, schlägt jeder ernstlichen Selbstbeobachtung ins Gesicht. Worin freilich jenes Wollen oder Streben, das wir alle tatsächlich erleben, in Wahrheit bestehe, vermögen wir ebensowenig zu erforschen, wie etwa die Entstehung unserer Sinnesempfindungen aus gewissen Vorgängen der Aussenwelt bezw. aus der Erregung bestimmter Nerven. Allein, so gewiss jeder normale Mensch scharf unterscheidet zwischen seinem wirklichen Sehen, Hören, Riechen, dessen Entstehung wir erfahrungsgemäss auf bestimmte aussenweltliche, zum mindesten im eignen Körper vorgehende Ereignisse zurückführen, und den bloss in der Erinnerung oder im Traume auftauchenden Vorstellungsbildern, Tönen und Gerüchen, so gewiss nötigt uns unsre innere Erfahrung, das Bewusstsein von einem Wollen als wirklichem scharf zu sondern von jeder blossen Erinnerungs- oder Traumvorstellung von einem Wollen, sowie von dem ersteren zurückzuschliessen auf einen besonderen — wie auch immer zu denkenden — geistigen Akt, den jenes Bewusstsein nur mit Notwendigkeit begleitet.

Dass übrigens die dritte Voraussetzung, die wir in Nr. 2 in Bezug auf alles bewusste Tun näher erörterten — die Gleichzeitigkeit des Bewusstseins mit dem vorgestellten Vorgange —, für das

wahre, d. h. das bewusste Wollen nicht minder zutreffen muss, folgt schon aus dem allgemeinen Begriffe, den wir uns vom Wollen im engern und eigentlichen Sinne machen. Wir können uns gar keinen Willensentschluss denken, der uns nicht gleichzeitig als solcher bewusst wäre. Ganz anders ist dagegen das Verhältnis zwischen dem Wollen und dessen Realisierung in einem äussern Tun oder Unterlassen. Hier handelt es sich unter allen Umständen um ein Nach-einander; was Realisierung eines Wollens ist, kann stets nur eine Folge des letzteren sein.

Mit den letzten Bemerkungen ist der grundsätzliche Unterschied zwischen „bewusstem" und „gewolltem" Tun oder Unterlassen gegeben: Während das Wörtchen „bewusst", streng genommen, nur eine Begleiterscheinung des Tuns oder Unterlassens bezeichnet,[5]) weist der Ausdruck „gewollt" auf ein Kausalitätsverhältnis zwischen dem Willen als Ursache und dem Tun oder Unterlassen als Wirkung hin. Bevor wir indessen die praktischen Konsequenzen dieses Unterschiedes zu ziehen versuchen, wird es zweckmässig sein, das zuletzt erwähnte Kausalitätsverhältnis selbst und die verschiedenen Modalitäten des darin als Ursache erscheinenden Wollens noch etwas genauer ins Auge zu fassen.

5. Wir haben die Beziehung zwischen dem Wollen eines Menschen und seinem eigenen Tun oder Unterlassen in § 33, Nr. 7, I bereits vorläufig als eine Art „psychischer Kausalität" aufgeführt. Ob diese Bezeichnungsweise eine völlig zutreffende ist, mag immerhin zweifelhaft erscheinen. Zwar soweit als Ziel des Wollens zunächst bloss eine rein geistige Tätigkeit zu denken ist, z. B. die Richtung der Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Gedanken oder umgekehrt die Zurückdrängung einer bestimmten

[5]) Dass tatsächlich das Wort „bewusst" auch öfters da gebraucht wird, wo man in Wahrheit „gewollt" sagen sollte, kann ich selbstverständlich nicht bestreiten. Ja, ich gebe sogar zu, dass eine solche Ausdrucksweise in zahllosen Fällen ganz unbedenklich ist. Allein sobald man sich gegenwärtig halten will, dass Bewusstsein und Wollen nicht dasselbe sind, ergibt sich auch von selbst die Notwendigkeit, zwischen „bewusst" und „gewollt" streng zu unterscheiden, und eben von diesem Standpunkte aus, wie er die Voraussetzung aller Ausführungen des vorliegenden Paragraphen bildet, ist die wiederholte Kennzeichnung des „Bewussten" — als eine blosse Begleiterscheinung des Tuns und Unterlassens — im Texte erfolgt.

Vorstellung, da ist gleich der Ursache auch die Wirkung, mithin auch der Zusammenhang zwischen beiden — wenigstens soweit unsere Erfahrung reicht — offenbar rein psychischer Natur. Sofern wir dagegen das Wollen als Ursache irgend eines äussern Tuns hinstellen, so handelt es sich bei näherer Betrachtung — gleichviel, wie weit oder wie eng wir den Begriff des äussern Tuns fassen — niemals um einen ausschliesslich seelischen Zusammenhang, sondern vielmehr um ein Verhältnis zwischen geistigen und physiologischen bezw. physikalischen Vorgängen, das uns wahrscheinlich stets unerklärlich bleiben, aber trotzdem unserm Denken fortgesetzt als ein Verhältnis von Grund und Folge sich aufdrängen wird. Von einer psychischen Kausalität kann hier also nur darum die Rede sein, weil uns innerhalb dieses Verhältnisses eine erste psychische Ursache entgegentritt, in welcher bestimmte, das fragliche Kausalverhältnis charakterisierende Folge-Vorgänge in eigentümlicher Weise bereits vorgebildet, will sagen: als Zwecke gesetzt sind. Doch wie man auch hiernach über die Bezeichnung „psychische Kausalität" und deren Verwendung durch uns urteilen möge, der Sache nach stehen jedenfalls die Wahrnehmungen, die wir in den letzten beiden Sätzen zusammengefasst haben, im vollsten Einklange mit all unsern bisherigen Ausführungen. Insbesondere enthalten diese letzten beiden Sätze — wenngleich in veränderter Fassung — einen erneuten und noch präziseren Ausdruck unserer Überzeugung, dass der Begriff des Wollens nicht auf die willkürliche Hervorbringung eigener Körperbewegungen des Wollenden beschränkt werden darf.

Allerdings scheint auf den ersten Anblick gerade die Auffassung des Willens als erste Ursache einer Reihe von Folge-Vorgängen auf eine derartige Einschränkung hinzuweisen. Man sagt sich, dass ja doch zwischen der vollzogenen Körperbewegung und allen weiteren Folgen ein rein physisches Verhältnis bestehe, dass die Wirksamkeit der ersteren unabhängig sei von der Vorstellung oder Nicht-Vorstellung jener weiteren Folgen seitens des wollenden Subjekts, und dass demgemäss jede Einwirkung des Wollens auf die Aussenwelt einzig und allein ermöglicht werde durch das Mittel geeigneter körperlicher Eigenbewegungen. Und dann schliesst man hieraus, dass die Richtung des Geistes auf alle über die eigene

Körperbewegung hinausliegenden Wirkungen nur eine Begleiterscheinung des Wollens, nicht ein integrierender Bestandteil oder eine Eigenschaft des letzteren selbst sei. Allein, so richtig die gedachten Prämissen sind, so falsch ist der durch einen kühnen Sprung herbeigeführte Schluss. In Wahrheit ist aus jenen Prämissen immer nur zu folgern, dass es für den Erfolg einer Körperbewegung gleichgültig bleibt, ob bloss die Körperbewegung selbst oder auch der Erfolg erstrebt war und dass es darum zulässig ist, unter den im § 33, Nr. 3 ff. erörterten Voraussetzungen den Willensentschluss zur Körperbewegung in beiden vorerwähnten Fällen als Ursache des eingetretenen Erfolgs zu bezeichnen. Nimmermehr aber ist zuzugeben, dass darum auch Wille und Tat in beiden Fällen die gleichen seien. Wohl kann man sogar ein unbewusstes und ungewolltes Tun oder Unterlassen — sei es nach seiner äussern Gestaltung an sich, sei es nach dem dadurch verursachten oder nicht verhinderten Erfolge — mit demselben sprachlichen Ausdruck belegen, wie ein entsprechendes bewusstes oder gewolltes Tun oder Unterlassen. So gewiss jedoch hierdurch der Gegensatz zwischen den gedachten zwei Tatbeständen keineswegs aufgehoben wird, so gewiss auch nicht der Unterschied zwischen einem Tun, das seinem ganzen Umfange nach, und einem andern, das bloss bezüglich seines Anfangspunktes als ein gewolltes sich darstellt.

Man wird uns einhalten: Dieser letztberührte Unterschied werde auch von denen nicht geleugnet, welche nur ein auf Bewegungen des eigenen Körpers gerichtetes Wollen kennen; die Verschiedenheit liege nur nicht in dem Wollen, wie wir dies behaupten, sondern ausschliesslich in den das Wollen begleitenden Zweck-Vorstellungen. Wir antworten zunächst mit einer Gegenfrage: Wie kommen die Vertreter dieser Ansicht überhaupt zu ihrem so äusserst beschränkten Begriff des Wollens? Die unmittelbare innere Erfahrung, wie sie sich in einer seltenen Übereinstimmung des Sprachgebrauches kundgibt, weist zweifellos nicht auf einen derartigen engen Begriff des Wollens, sondern viel mehr auf jene sehr weite Fassung desselben hin, die wir schon früher auch als die unsrige hingestellt haben. Vor allem ist nicht zu verkennen, dass die undefinierbare, aber einem jeden von uns aus der persönlichen

Erfahrung bekannte und gewisse Tatsache, die wir überhaupt Wille nennen, schon bei einer Entscheidung für einen rein innerlichen Zweck, z. B. bei dem Entschlusse, einer bestimmten Frage nachzudenken, ganz ebenso vorhanden ist, wie bei dem Willensakte, durch den ich eine Bewegung meines Armes oder Fusses herbeiführe, ja, dass sogar jeder Willensakt von der letzterwähnten Art oder m. a. W. die Willkürlichkeit einer körperlichen Bewegung notwendig einen vorangehenden rein innern Willensvorgang — den Entschluss zur Bewegung — voraussetzt.[6]) Aber auch die Anschauung von einem Wollen, das weit über die eigene Körperbewegung hinausreicht, erscheint bei näherer Betrachtung durchaus

[6]) Vergl. hierzu die in Bd. II, S. 52 ff., Anm. 7 citierten Ausführungen von Sigwart, Nathan und Wundt. Allerdings ist hiermit zugleich darauf hingewiesen, dass ein nicht zu übersehender Unterschied besteht zwischen dem Willen, genauer dem Willensentschlusse, eine Bewegung vorzunehmen und demjenigen Willensakte, der unmittelbar zur Erregung der die Muskel-Kontraktion und damit die beabsichtigte Körperbewegung vermittelnden motorischen Nerven führt. Wir können diese beiden Funktionen des Willens vielleicht am kürzesten und bezeichnendsten als „Beschlusswillen" und „Vollzugswillen" charakterisieren. Es würde jedoch irrig sein, diesen Unterschied bloss da anzunehmen, wo sich der Wille — in der einen, wie der andern Form — auf die Herbeiführung einer Körperbewegung richtet; vielmehr lassen sich diese beiden Willensfunktionen auch da beobachten, wo das Ziel des Wollens innerhalb des Geisteslebens liegt. Wenn wir z. B. uns vornehmen, uns eine gewisse Angelegenheit zu überlegen, so müssen wir ebenfalls den Beschlusswillen, den Willen zur Überlegung, und den Vollzugswillen, d. h. die Willenstätigkeit, von welcher der Vollzug der Überlegung selbst — wenn es eine wahre Überlegung sein soll — von Anfang bis zu Ende abhängt, streng scheiden. Ob und inwieweit aber Beschlusswille und Vollzugswille schon an sich, d. h. abgesehen von der Verschiedenheit des Inhalts, etwas Verschiedenes sind, desgleichen, ob oder inwiefern der die Überlegung tragende Vollzugswille sich von dem die motorischen Nerven erregenden und damit eine äussere Körperbewegung vermittelnden Vollzugswillen dem Wesen nach unterscheidet, das sind Fragen, auf die wir wohl immer nur mit einem einfachen „Ignoramus" werden antworten dürfen. Unsere eigene innere Erfahrung lehrt uns keinen Unterschied zwischen all diesen verschiedenen Geistesfunktionen, der nicht allenfalls auf die Verschiedenheit des Inhalts bezw. auf die Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit des Zieles sich zurückführen liesse. Und eben darin liegt für uns die Berechtigung, hier überall kurzweg von Willensfunktionen, als von verschiedenen, aber doch zugleich näher unter sich zusammenhängenden Betätigungsformen einer und derselben geistigen Kraft zu reden.

gerechtfertigt. Wer behauptet, dass immer nur das als gewollt gelten könne, was der Wille unmittelbar wirke, der muss auch darauf verzichten, irgend eine äusserlich wahrnehmbare Körperbewegung als gewollt zu charakterisieren. Denn wirklich unmittelbar durch den Willen gewirkt ist höchstens die Erregung der motorischen Nerven; schon die Kontraktion der Muskeln und vollends die dadurch hervorgerufene Armbewegung sind ganz ebenso bloss mittelbare Wirkungen, wie in weiterer Folge die Bewegung des in der Hand gehaltenen Beiles, das Treffen des Kopfes eines Menschen, die dadurch bewirkte Verletzung und der infolge davon eintretende Tod desselben. So gewiss daher auch die Beziehung zwischen dem Wollen einer körperlichen Bewegung und deren Vollziehung durch den Wollenden selbst eine nähere ist, als zwischen dem Wollen eines durch die Körperbewegung vermittelten, aber zugleich von andern Bedingungen abhängigen Erfolgs und diesem letzteren selbst, so gewiss ist dieser Unterschied nur ein quantitativer.[7]) Anderseits erscheint die Erregung der motorischen Nerven

---

[7]) Wohl kann man mit Löffler sagen: „Es besteht ein grosser Unterschied zwischen dem der Innervation unmittelbar vorausgehenden Akte und dem Wollen eines Erfolgs." Wenn aber M. E. Mayer („Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht", S. 29, Anm. 1) unter Berufung hierauf bemerkt, „dieser Unterschied laufe darauf hinaus, dass der Kausalzusammenhang zwischen Willensakt — Innervation — Körperbewegung durchaus anders geartet sei, als der zwischen Willensakt und Erfolg", so liegt hier ein augenfälliger Trugschluss vor. „Durchaus anders geartet" ist der Unterschied zwischen Willensakt und Innervation einerseits und Innervation und Körperbewegung anderseits; oder, richtiger gesagt, wir können beide Verhältnisse schon darum nicht auf die gleiche Linie stellen, weil uns das erste seiner genaueren Beschaffenheit nach völlig unbekannt ist. Dagegen ist das Verhältnis zwischen Innervation und Körperbewegung durchaus nicht anders geartet, als das Verhältnis zwischen Körperbewegung und äusserem Erfolge; es handelt sich in beiden Fällen um einen einfach physischen Kausalzusammenhang. Und ebendarum fehlt es an jedem zureichenden Grunde, eine Beziehung des Wollens auf den weitern äussern Erfolg für unzulässig zu erklären, wo man doch das „Wollen einer Körperbewegung" für möglich erachtet. Dass man allenfalls die Körperbewegung als „ausschliessliches Produkt der Tätigkeit des Menschen" bezeichnen kann, lässt sich bei der von Mayer selbst zugestandenen „Laxheit" einer derartigen Ausdrucksweise freilich kaum bestreiten; allein diese „Laxheit" des Sprachgebrauches würde es auch sehr wohl gestatten — und tatsächlich erlauben wir uns dies oft genug —, auch über

niemals als eine im engern Sinne gewollte Tätigkeit, d. h. niemals als Gegenstand bewussten Wollens. Nicht nur fehlt uns beim Wollen einer äusseren Körperbewegung regelmässig das Bewusstsein davon, dass wir zu diesem Zwecke eine Einwirkung auf die motorischen Nerven ausüben, sondern wir sind nicht einmal im stande, uns eine Vorstellung zu machen, wie wir eine solche Nerven-Erregung zuwege bringen. Noch mehr: Auch die durch die Nerven-Erregung vermittelte Kontraktion bestimmter Muskeln, ja sogar die äussere körperliche Bewegung rein als solche kann in

---

die blosse Körperbewegung hinausgehende Vorgänge, wie Schiessen, Stechen, Schreiben usw. als „ausschliessliches Produkt unserer Tätigkeit" zu betrachten, zumal die hierbei mitwirkenden Aussen-Faktoren keineswegs so „unsrer Macht entrückt" sind, wie dies Mayer behauptet, — ja oft viel weniger, als unsere eigenen Körperkräfte. Dabei hat seltsamerweise Mayer auch nicht den geringsten Versuch gemacht, zu untersuchen, ob derselbe Sprachgebrauch, dessen Laxheit er für seine Beweisführung auszunützen bemüht ist, auch nur im mindesten die Beschränkung des Ausdrucks „Wollen" auf die Körperbewegung rechtfertigt. Wie eine unbefangene Prüfung des alltäglichen, wie des literarischen Sprachgebrauches ergibt, ist dies offenbar nicht der Fall. Aber auch spezifisch psychologische Erwägungen rechtfertigen eine solche Beschränkung nicht. Was das Wollen von den andern geistigen Tätigkeiten unterscheidet, ist einzig und allein die ihm eigentümliche — sowohl dem Vorstellen als solchem, wie dem Gefühle fremde — aktive Richtung unsers Geistes auf bestimmte „Ziele"; eine Richtung, die wir einerseits, so lange sie noch etwas rein Innerliches bleibt, als „Zweck-setzen", sofern sie aber eine unmittelbare Einwirkung auf die Aussenwelt bezweckt, als ein „Hinwirken" auf das fragliche Ziel bezeichnen können. Dass dagegen dieses „Hinwirken" die Mitwirkung äusserer kausaler Faktoren ausschlösse, ist aus dem Worte „Wollen" schlechterdings nicht zu entnehmen. Ja, die Annahme einer solchen Ausschliessung erscheint geradezu widersinnig, wo jenes Hinwirken unter gleichzeitiger bewusster Inrechnungsstellung jener äusseren Faktoren erfolgt, während man bei dem Wollen der blossen Körperbewegung gar nicht einmal auf die Kenntnis der körperlichen Faktoren, die ausser dem Willensakte zu deren Zustandekommen mitwirken müssen, besonderes Gewicht legt. . . . Wenn übrigens Mayer meint, man müsse bisweilen den „Mut des kleinen Fehlers" haben, „um grösseren Irrtümern aus dem Wege zu gehen", so scheint es fast, als wenn er sich hauptsächlich durch seine Voreingenommenheit wider die hierbei speziell von ihm hervorgehobene Annahme eines „indirekt gewollten Erfolgs" (worüber unten Nr. 6 und 8) habe verführen lassen, in jenen seiner Ansicht nach kleinen, in Wahrheit aber grossen Fehler zu verfallen, der ihm ermöglicht, jener ihm widrigen Annahme grundsätzlich entgegenzutreten.

den meisten Fällen nicht als bewusst gewollte angesehen werden; mit voller Klarheit gewollt ist vielmehr regelmässig nur ein sich unmittelbar daran anschliessender oder damit verbundener Erfolg. So denkt der Schreibende regelmässig gar nicht an die Bewegungen, die er mit seiner Hand zu machen hat, sondern bloss an die Schriftzeichen, die auf dem Papier entstehen, — der Sprechende nicht an die Bewegungen von Zunge, Lippen usw., sondern direkt an die Worte, die aus seinem Munde hervorgehen sollen. Es bleibt also einzig und allein die Alternative: Entweder beschränkt man den Begriff des Wollens auf ausschliesslich innere, geistige Vorgänge oder man gibt zu, dass jedes auf ein äusseres Tun gerichtetes Wollen auf etwas nur mittelbar zu Wirkendes sich richtet. Stellt man sich aber auf den letzteren Standpunkt, so ist dann schlechterdings kein Grund mehr vorhanden, die Richtung unsers Geistes auf einen entfernteren Erfolg wesentlich anders zu behandeln und zu benennen, als die Richtung auf den verhältnismässig nahen Erfolg der körperlichen Bewegung.[8])

Doch vielleicht müssen wir uns selbst noch einen andern Einwurf machen: Haben wir nicht bei der Analyse des „bewussten Tuns" das Bewusstsein als eine blosse gleichzeitige Begleiterscheinung des äussern Tuns gekennzeichnet? Und fordert es danach nicht schon die Konsequenz, auch in dem Begriff des „bewussten Wollens" das Bewusstsein als Begleiterscheinung des Wollens aufzufassen? —

---

[8]) Man darf nicht einmal — unter Verwendung unserer in Anm. 6 gemachten Unterscheidung — sagen: bezüglich des mittelbaren Erfolgs sei nur ein Beschlusswille, nicht ein Vollzugswille möglich. So gewiss die nach vorausgegangenem Entschlusse zum Schreiben beginnende, das Schreiben selbst allein ermöglichende Willenstätigkeit als direkter Vollzugswille sich darstellt, so gewiss muss auch die dem Entschlusse zum Schlagen, Schiessen usw. folgende, Schlag und Schuss selbst herbeiführende Willenstätigkeit als wahrer Vollzugswille erachtet werden. Aus gleichem Grunde ist aber auch gar nicht abzusehen, warum sich ein solcher Vollzugswille nicht zugleich auf einen entfernteren Erfolg, z. B. auf ein Verwunden oder Töten, sollte richten können. Freilich wird hier das Wollen des Mittels kaum jemals so völlig in dem Wollen des Zwecks aufgehen, wie in den vorher erwähnten Fällen, wo sich der Handelnde der vermittelnden Körperbewegung häufig gar nicht oder nur ganz undeutlich bewusst wird. Allein das für uns Wesentliche an der Sache lässt sich auch an dem Willen, zu verwunden oder zu töten, beobachten: Wo

In der Tat fühle ich mich nicht völlig sicher, dass mir nicht ein solcher Einwurf gemacht werden und bei oberflächlicheren Lesern Anklang finden möchte. Eine kurze Erwägung indessen ergibt sofort dessen Nichtigkeit. Wenn wir im ersterwähnten Falle das Bewusstsein als blosse Begleiterscheinung dem Tun oder Unterlassen an die Seite oder auch gegenüber stellen, so geschieht dies — und darf so geschehen —, weil uns der Begriff des Tuns und Unterlassens von vornherein als ein von dem Vorhandensein eines entsprechenden Bewusstseins unabhängiger feststeht, oder m. a. W., weil es auch ein unbewusstes Tun und Unterlassen gibt. Dagegen ist es unmöglich, dasjenige Bewusstsein, ohne welches — nach dem schon in Nr. 4 Ausgeführten — ein wahres Wollen gar nicht gedacht werden kann, in ähnlicher Weise von dem Wollen zu trennen; denn hier gehört eben dieses Bewusstsein so notwendig zu jedem wahren Willensakte und demgemäss schon zum Begriffe des Wollens, dass von diesem Begriffe aus ein „unbewusstes Wollen" überhaupt nicht in Frage kommen kann. Nur erst das in einer besonderen Reflexion über irgend eine Willensentschliessung sich geltend machende Bewusstsein lässt sich wiederum mit dem Bewusstsein von einem äusseren Tun oder Unterlassen vergleichen.

Aus den letzten Erwägungen folgt: Um zu beweisen, dass das Wollen als solches sich bloss auf Bewegungen des eigenen

---

es eben dieser Wille ist, der den Willen, zu schlagen oder zu schiessen, hervorruft und dann während des Schlagens oder Schiessens beherrscht, da erscheint auch er nicht bloss als Beschlusswille (sofern er den Entschluss zum Schlagen oder Schiessen veranlasst), sondern zugleich als Vollzugswille (sofern er den im Schlage selbst wirksamen Vollzugswillen während der Ausführung der hierzu notwendigen Bewegung bestimmt). Im übrigen gebe ich selbst gern zu, dass die Unterscheidung zwischen Beschluss- und Vollzugswillen für die Feststellung und Beurteilung des gewollten Tuns oder Unterlassens im Vergleich mit dem ungewollten ohne eigentliche praktische Bedeutung ist. Denn wo kein Beschlusswille vorhanden, da kann auch von keinem Vollzugswillen die Rede sein. Und umgekehrt, wo ersterer vorhanden, da ist bei entsprechendem Tun auch letzterer zu vermuten; für die gewollte Unterlassung aber ist überhaupt kein besonderer Vollzugswille erforderlich. Die Hauptsache ist also die Willensentschliessung, die wir daher im folgenden meist allein berücksichtigen werden.

Körpers, nicht darüber hinaus auf die dadurch herbeigeführten näheren oder entfernteren Wirkungen erstrecken könne, müsste der Nachweis geführt werden, dass die in unserm Bewusstsein vorhandenen Vorstellungen von jedem derartigen weitern Erfolge immer bloss dem zuletzt berührten reflektierenden Bewusstsein angehören, niemals dem für das Zustandekommen eines Willensentschlusses selbst wesentlichen Bewusstsein. Dass ein solcher Nachweis nicht zu führen ist, ergibt sich wiederum schon aus der oben gewonnenen Erkenntnis, dass auch die Beziehung zwischen Wille und körperlicher Bewegung bereits eine mittelbare ist. Zugleich aber dürfen wir noch einen besondern, positiven Grund dafür hinzufügen, dass die Annahme eines wahren Wollens der „willkürlichen Körperbewegungen" geradezu zur weitern Annahme eines entsprechenden wahren Wollens der damit bezweckten Folgen nötigt: die Tatsache nämlich, dass die Setzung des entfernteren Zweckes regelmässig erst den Willensentschluss zu einer bestimmten Art von Körperbewegung hervorruft. Denn bestimmend für den Willen zur Körperbewegung oder m. a. W. zum Motiv eines ausführenden Wollens werden kann jener entferntere Zweck immer nur, indem er nicht bloss als solcher vorgestellt, sondern auch als wirklich zu verfolgender Zweck ergriffen oder gesetzt, d. h. zum Inhalt einer Willenshandlung, einer Entschliessung gemacht, also „gewollt" wird.[9])

[9]) Eine ganz andere Frage wäre es natürlich, ob es nicht vielleicht einem Bedürfnisse der Wissenschaft entspräche, für das „Wollen der Körperbewegung" einerseits und für das „Wollen weiterer Folgen" anderseits verschiedene technische Ausdrücke zu besitzen. Ich will diese Frage nicht unbedingt verneinen, sofern nur dadurch die Tatsache nicht verdeckt wird, dass der Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Wollens ein höchst relativer ist. Dagegen muss ich mich mit aller Entschiedenheit gegen die Meinung aussprechen, dass schon unser bisheriger Sprachgebrauch zwei wohl geeignete Termini hierfür darbiete: die Worte „Vorsatz" und „Absicht". Zwar dass diese beiden Worte ihrer etymologischen Bildung nach auf zwei verschiedene Gesichtspunkte hindeuten, soll nicht geleugnet werden. In der Tat weist das Wort „Absicht" in erster Linie auf das Ziel hin, das der Wollende im Auge hat, während sich der „Vorsatz" zunächst auf die Tätigkeit bezieht, die der Wollende selbst entfalten will. Allein einmal entspricht dieser Unterschied keineswegs demjenigen, auf den es uns gegenwärtig ankommt. Denn überall da, wo wir überhaupt ein Tun oder Unterlassen wesentlich durch eine

6. Nach den bisherigen Erörterungen kann es für uns keinem Zweifel unterliegen, dass ein Tun oder Unterlassen immer bloss soweit wahrhaft als „gewolltes" gelten kann, als im konkreten Falle das tatsächlich vorhandene Wollen reicht. Auf irgendwelches bloss neben dem Wollen einhergehende Bewusstsein kommt es demnach — mindestens für unsere gegenwärtige Betrachtung — nicht an; nur soweit das Bewusstsein für das Wollen selbst wesentlich und charakteristisch ist, soweit also das letztere ohne das erstere gar nicht vollständig gedacht werden kann, erscheint es natürlich auch für das gewollte Tun oder Unterlassen als solches beachtenswert. Damit leugnen wir jedoch keineswegs, dass innerhalb des so bestimmten Begriffs sowohl das Wollen selbst, als das Verhältnis von Wille und Vorstellung sich verschieden gestalten kann.

Vor allem ist in dieser Beziehung auf den verschiedenen Charakter der für den Willensentschluss bestimmend gewordenen Motive hinzuweisen. Allerdings legt scheinbar das Recht regel-

---

bestimmte Folge charakterisiert denken, da begreift auch der Vorsatz zu einem solchen Tun oder Unterlassen stets zugleich einen auf diese charakteristische Folge gerichteten Willen. Man kann keinen Menschen „vorsätzlich töten", ohne den Tod dieses Menschen selbst als Erfolg des eigenen Handelns zu wollen. Anderseits ist der Sprachgebrauch, sogar innerhalb des Rahmens eines einzigen grösseren Gesetzes, wie insbesondere des Reichsstrafgesetzbuches, bezüglich der Worte „Vorsatz" und „Absicht", „vorsätzlich" und „absichtlich" usw. durchaus kein konsequenter. Selbst Lucas, der in seiner Schrift über „die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht" sich eifrig bemüht hat, „Vorsatz" und „Absicht" auseinanderzuhalten, sieht sich genötigt (a. O. S. 29 ff.) zu konstatieren, dass das Reichsstrafgesetzbuch in einer ganzen Reihe von Paragraphen die Ausdrücke „absichtlich" und „beabsichtigen" nicht in dem von ihm im allgemeinen befürworteten Sinne, sondern vielmehr völlig gleichbedeutend mit „vorsätzlich" und „sich vorsetzen" gebraucht. Dass in sehr vielen andern Fällen, wo uns Formeln wie: „um zu . .", „zu dem Zwecke, um . .", „in der Absicht, zu . ." u. ä. entgegentreten, in der Tat hiermit eine Willensrichtung auf einen besonderen Erfolg — neben dem mit der Bezeichnung der Handlung an sich schon vorausgesetzten — in Betracht kommt, wie sie Lucas ausschliesslich „Absicht" nennen will, ist natürlich nicht zu bestreiten. Allein, genauer betrachtet, beweist dies doch nur, dass hier der Gesetzgeber einen erhöhten Nachdruck auf die verschiedenen Motive eines gewissen, äusserlich gleichen Handelns gelegt hat, dagegen gar nichts zur Unterstützung des von Lucas angenommenen Sprachgebrauches.

mässig nur geringen Wert auf diese Verschiedenheit. Richtiger gesagt: es nimmt verhältnismässig selten Anlass, ausdrücklich auf die Motive der rechtlich erheblichen Handlungen einzugehen und besondere Folgen an das Auftreten des einen oder andern zu knüpfen. Allein, wie wir später noch zu erörtern haben werden, setzt es doch — mindestens sofern wir an unsere modernen Gesetzgebungen denken — stillschweigend in sehr ausgedehntem Maasse eine Berücksichtigung der Motive bei der Ausmessung von Schuld und Strafe voraus. Und was noch wichtiger ist: für unsere augenblickliche Untersuchung kommt es überhaupt noch nicht auf irgendwelche rechtliche Würdigung der Motive, sondern bloss auf deren allgemeine Bedeutung für die unterschiedliche Gestaltung der Willensentschliessungen an und für sich an. Dass aber in der Tat der Entschluss zu einem bestimmten äusseren Verhalten — gleichviel ob Tun oder Unterlassen — als ein besonders gearteter, von allen andern auf ein gleiches äusseres Verhalten gerichteten Entschlüssen qualitativ verschiedener sich darstellt, sofern das für ihn entscheidend gewordene — für die Kennzeichnung jenes äussern Verhaltens als solchen unwesentliche — Motiv oder bezw. die mehreren, zu Motiven erhobenen Zwecke, und zwar je nach dem Maasse ihres Einflusses, mit in Rechnung gestellt werden, und dass es sich hierbei auch keineswegs bloss um eine Verschiedenheit der mit dem Willen im einzelnen Falle stets verbundenen Gefühle und Vorstellungen, sondern auch um Unterschiede in dem Akte des Wollens selbst handelt, bedarf wohl kaum noch näherer Begründung. Ist doch bei genauerer Betrachtung gar keine auf ein eigenes, äusseres Verhalten gerichtete Willensentschliessung denkbar, ohne dass ein über das fragliche äussere Tun oder Unterlassen hinausgehender Zweck damit verfolgt und so zum Motiv der konkreten Handlung gemacht worden wäre; und eben diese Erhebung eines Zweckgedankens zum maassgebenden Motiv kann nach unserer inneren Erfahrung nur als eine Tat des Willens aufgefasst begriffen werden.[10])

[10]) So wenigstens vom Standpunkte des Indeterminismus aus, der weiter unten in § 41, Nr. 3—7 noch eine eingehende Verteidigung finden wird. Doch auch abgesehen hiervon wird heute wohl fast allgemein anerkannt, dass „Willensentschliessungen" oder „Absichten" in ausgedehntestem Umfange als

Das Wollen kann ferner seiner Intensität nach ein verschiedenes sein. Und zwar kommt hierfür nicht bloss die sehr

Motive (natürlich zu andern Willensentschlüssen) vorkommen. Ich darf mich begnügen, hierfür auf Thomsens ausführliche „Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs" zu verweisen; nur möchte ich gleichzeitig zwei (allerdings eng zusammenhängende) Punkte herausheben, in denen ich seinen Ausführungen nicht beitreten kann. Thomsen irrt nämlich m. E., indem er einesteils die menschlichen Triebe und Charaktereigenschaften allgemeinhin als Motive, ja sogar als Urmotive bezeichnet, andernteils allen Vorstellungen als solchen, namentlich auch den „Erregungsvorstellungen" ebenso schlechtweg den Titel „Motiv" abspricht. Die blosse psychische Disposition, die wir mit den Worten „Trieb" und „Charaktereigenschaft" zunächst meinen, ist als solche niemals schon Motiv. Thomsen selbst gibt dies unbewussterweise zu, wenn er beispielsweise „Rache" und „Hass" als Urmotive anführt. Sehen wir genauer zu, so sind Rache und Hass etwas ganz anderes, als der allgemeine Rachetrieb und die allgemeine Anlage zum Hass; auch etwas ganz anderes, als die individuelle Steigerung dieser Triebe in Rachsucht und Gehässigkeit. Während die letztgenannten Anlagen oder Eigenschaften als solche jeder Beziehung auf bestimmte Objekte und Gründe entbehren, sind Rache und Hass ohne eine solche Beziehung gar nicht denkbar. M. a. W.: Rache und Hass sind die durch bestimmte Vorstellungen charakterisierten Reizgefühle (Anreize, Antriebe), die sich als das Produkt aus entsprechenden Anlagen und Erregungsvorstellungen ergeben. Zu demselben Resultate gelangen wir, wenn wir die Motive „Eigennutz", „Eitelkeit" u. a. näher ins Auge fassen; der Unterschied zwischen der blossen Anlage und Charaktereigenschaft und dem als Produkt von Anlage und Erregungsvorstellungen auftretenden Reizgefühle besteht auch hier, er wird nur durch den sprachlichen Ausdruck verdeckt. Man mag nun allenfalls darüber streiten, ob man bloss die als Produkt aus Anlage und Erregungsvorstellungen hervorgehenden Reizgefühle „Motive" nennen soll oder auch weiter zurückgehend die Bedingungen, aus deren Zusammentreffen dieses Produkt sich ergeben hat. Für meinen Teil würde ich das Erstere für richtig halten, da für die etwa nachfolgende Willensentschliessung unmittelbar nur das wirklich entstandene Reizgefühl in Betracht kommt. Wie dem aber auch sein möge, jedenfalls ist es inkonsequent, den Erregungsvorstellungen den Titel „Motiv" zu versagen, wenn man gleichzeitig den Trieben und Charaktereigenschaften, die hier doch auch nur als notwendige Bedingung für das Zustandekommen des Reizgefühls in Betracht gezogen werden dürfen, jenen Titel zuerkennen will. Ganz davon zu schweigen, dass ein in der neueren Philosophie viel verbreiteter Sprachgebrauch „den Charakter" geradezu in Gegensatz stellt zu „den Motiven", die mit jenem zusammen die Willensentscheidungen bestimmen, was ich freilich auch wiederum nur mit einem indeterministischen Vorbehalt als zulässig ansehen kann. (Vergl. hierüber unten § 41, Nr. 8, Anm. 7.)

verschieden entwickelte Willensenergie der verschiedenen Individuen und Lebensalter, sondern namentlich auch die höchst verschiedene Stärke und Dauerhaftigkeit der einzelnen Willensentschliessungen bei ein und demselben Menschen und während derselben Lebensperiode in Betracht. Freilich hängt diese letztere Verschiedenheit meist mit dem grösseren oder geringeren Gewicht, sowie mit der dauernden oder vorübergehenden Bedeutung der bestimmenden Motive zusammen. Allein darum hört sie nicht auf, eine besondere weitere Verschiedenheit — neben der vorher erörterten, aus der Art der Motive entnommenen — zu sein. Gleichwie Wert und Bedeutung eines Motivs für eine bestimmte Willensentschliessung wohl zu scheiden sind von seinem qualitativen Charakter, so auch die Kraft und Nachhaltigkeit des Willensentschlusses von seinem Inhalte.

Eine dritte eigentümliche Verschiedenheit im Gebiete des Wollens endlich, die wir vielleicht am besten als eine Verschiedenheit in der Modalität bezeichnen, tritt uns entgegen in der Unterscheidung zwischen einem bedingungslosen und einem mehr oder weniger bedingten Wollen. Die weitere Unterscheidung zwischen dem wirklich oder völlig bedingungslosen Wollen und einem bloss scheinbar bedingungslosen mag vorläufig nur als offene Frage hingestellt werden. Dagegen müssen wir von neuem[11]) hervorheben, dass von einem bedingten oder hypothetischen Wollen in doppeltem Sinne die Rede sein kann. Zuvörderst kann ein Zweck selbst — seinem ganzen Inhalte nach — als ein bedingter gesetzt sein. So z. B. bei der „Absicht, einen bestimmten Armen zu unterstützen, wenn er ordentlich und sparsam ist", und in ähnlicher Weise bei jedem ehrlich gemeinten bedingten Versprechen eines bestimmten Handelns gegen konkrete Personen; so bei dem Entschlusse, einen Andern, sofern er uns bei einem gewissen Unternehmen hinderlich werden sollte, in einer im voraus mehr oder weniger bestimmten Weise aus dem Wege zu schaffen; so insbesondere auch bei dem wohl bisweilen angefochtenen, aber

[11]) Vergl. unsere früheren Ausführungen in § 21, Nr. 1 (Bd. II, S. 54) und in der Festgabe der Greifswalder Juristenfakultät für E. I. Bekker, S. 15 ff.

schliesslich immer wieder allgemein anerkannten Dolus eventualis.[12]) Zum andern aber kommt es auch häufig vor, dass ein Zweck seinem Inhalte nach unbedingt gewollt wird und nur bedingt hinsichtlich des Vorhandenseins der Mittel und der Gelegenheit, ihn zu realisieren. Vor allem tritt uns diese zweite Art bedingten Wollens in dem Wollen allgemeiner Zwecke, z. B. in dem Vorsatze, alle oder bestimmte Gebote der Sittlichkeit oder des Rechts zu erfüllen, entgegen. In grösserem oder geringerem Maasse jedoch gehört hierher auch jedes andere Wollen, bei welchem das Gewollte als etwas nicht unmittelbar Auszuführendes sich darstellt.

7. Erst jetzt, nachdem wir sowohl das bewusste, als das gewollte Tun und Unterlassen je für sich betrachtet haben, dürfen wir billig auch den beiden Fragen näher treten, auf welche bereits unsere Bemerkungen in Nr. 1 hindeuten: Unter welchen Voraussetzungen ist ein bewusstes Tun oder Unterlassen als ein nichtgewolltes anzusehen? Und umgekehrt: Wann tritt ein gewolltes Tun oder Unterlassen dennoch als unbewusstes auf?

Nehmen wir die zweite Frage voraus. Die rein abstrakte Möglichkeit eines gewollten Tuns oder Unterlassens, das dennoch kein bewusstes Tun oder Unterlassen ist, ergibt sich schon aus unseren Ausführungen in den Nummern 2 und 4. Denn wenn dem bewussten Tun und Unterlassen die Gleichzeitigkeit der als Bewusstsein zu bezeichnenden Vorstellungen mit dem äusseren Tun oder Unterlassen wesentlich ist, und wenn anderseits bei jedem gewollten Tun und Unterlassen das Verhältnis zwischen Wollen und äusserem Verhalten ein Kausalverhältnis, also ein Nacheinander darstellt, so folgt daraus auch unmittelbar, dass mit demjenigen Bewusstsein, das mit dem Willensentschlusse, dem zeitlichen Prius des äusseren Tuns oder Unterlassens, notwendig verbunden sein muss, keineswegs an sich schon ein das Tun

---

[12]) Auch die Franksche Formel für den Dolus eventualis mit der Modifikation v. Hippels („Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", S. 111 ff., 138 ff.) ist, genauer betrachtet, gar nichts anderes, als eine Umschreibung dieses „bedingten Wollens". Denn „einen gewissen Erfolg bedingt wollen" heisst eben ihn so wollen, dass er, als gewiss oder notwendig — also ohne Bedingung oder nach Auflösung der Bedingung — gedacht, direkt gewollt sein würde. Weiteres hierüber s. unten in Nr. 8, sowie in § 43, Nr. 4.

oder Unterlassen selbst, also das Posterius, begleitendes Bewusstsein gegeben erscheint. Bei alledem verkenne ich nicht, wiederhole vielmehr ausdrücklich das bereits in Nr. 1 gemachte Zugeständnis, dass in den meisten Fällen, in denen das Tun oder Unterlassen auf ein Wollen zurückzuführen ist, auch ein gleichzeitiges Bewusstsein von und neben dem wirklichen Tun und Unterlassen vorhanden sein wird. Ja, es spricht sogar im allgemeinen eine starke Vermutung dafür, dass bei der Ausführung eines Entschlusses den Handelnden ganz ähnliche Vorstellungen beherrschen, wie bei der Entstehung des Entschlusses. Aber ebensogewiss stehen der letzteren Erfahrung mancherlei Fälle gegenüber, in welchen der Mangel eines entsprechenden Bewusstseins während des fraglichen äusseren Verhaltens — trotz des zweifellos vorausgegangenen und als Ursache anzusehenden Willensentschlusses — sich nicht bestreiten lässt.

In erster Linie kommen hier die Unterlassungen in Betracht. Wer sich betrinkt oder zum Schlafen niederlegt, um ohne Gewissensskrupel über den Zeitpunkt hinwegzukommen, in welchem er eine bestimmte Handlung vornehmen soll, der hat sicherlich die Unterlassung der fraglichen Handlung gewollt und doch schliesslich im entscheidenden Momente unbewussterweise — im Zustande der Bewusstlosigkeit oder während er unter dem Einflusse ganz andersartiger Vorstellungen stand — die ihm obliegende Handlung unterlassen. Die Versetzung in einen Zustand, wo ein bewusstes Tun überhaupt unmöglich oder doch wenigstens ein bewusstes Tun von einer bestimmten Art ausgeschlossen erscheint, bildet hier also gerade das Mittel, um den auf die Unterlassung gerichteten Willensentschluss desto leichter zur Durchführung zu bringen. Offenbar aber ist dieses Mittel mehr oder minder bei jedem Entschlusse zu einer Unterlassung verwendbar. Es erklärt sich dies eben aus dem Umstande, dass es hier zur Ausführung des Willensentschlusses gar keiner weiteren Tätigkeit seitens des Wollenden bedarf. Auch wo der zu einer Unterlassung Entschlossene die oben gedachten Veranstaltungen trifft, um sich von seinem Entschlusse nicht wieder abbringen zu lassen, liegt die Sache im Punkte der Unterlassung selbst nicht anders, als da, wo jemand in unverschuldeter Bewusstlosigkeit oder

aus Unkenntnis oder auch aus Vergesslichkeit es versäumt, in einer bestimmten Weise zu handeln. Der Unterschied besteht auch nicht in einem verschiedenen Bewusstsein während der äusseren Unterlassung, sondern einzig und allein darin, dass im zuerst genannten Falle die Unterlassung — trotz des während der Ausführung mangelnden Bewusstseins — als eine gewollte, hier dagegen als nicht-gewollte auftritt.

Sehr viel seltener kommt es vor, dass ein gewolltes Tun zugleich als ein der Ausführung nach unbewusstes zu bezeichnen ist. Ja, man darf bezweifeln, ob überhaupt jemals das ganze Tun, welches sich uns als Ausführung eines Willensentschlusses darstellt, ein unbewusstes sein kann. Selbst in dem bekannten Beispiele der Mutter, die, einem vorausgegangenen Entschlusse gemäss, im Schlafe ihr Kind erdrückt, sind wenigstens gewisse, für die Ausführung der Tötungsabsicht wesentliche, und darum zu dem charakteristischen „Tun" gehörige Anfangshandlungen, wie das Mitnehmen des Kindes ins Bett oder das Sich-hingeben an den Schlaf, notwendig bewusste; ein vom allerersten Anfange an unbewusstes Tun würde nicht mehr als das gewollte, nicht als Ausführung des vorausgegangenen Entschlusses gelten können. Und soweit es sich vollends um Betrunkensein handelt oder um sonstwelche ähnliche Zustände, in denen nur ausnahmsweise — bei den höchsten Graden — von völliger Bewusstlosigkeit die Rede sein kann, da dient die Übereinstimmung des äusseren Tuns mit dem früher gefassten Plane geradezu als Beweis für ein mindestens nicht gänzlich fehlendes Bewusstsein auch während des Tuns. Indessen ist es doch nicht unwichtig, zu konstatieren, dass das einen Willensentschluss ausführende äussere Tun teilweise ein unbewusstes sein kann, und zwar sogar in Bezug auf solche Momente dieses Tuns, die für seine Kennzeichnung als ein Tun besonderer Art besonders bedeutsam erscheinen. So können die für die Herbeiführung des Todes des Kindes entscheidenden, zum Erdrücken führenden Leibesbewegungen der Mutter wirklich völlig unbewusste, im tiefen Schlafe vorgenommene sein, ohne dass ihr Tun im ganzen darum aufhörte, ein gewolltes Erdrücken oder allgemeinhin Töten zu sein. So kann dem Trunkenen das Bewusstsein von der todwirkenden Natur seines Tuns im Momente der Ausführung

fehlen und dieses Tun wird dennoch als eine gewollte Tötung zu charakterisieren sein, sofern sein Tun im ganzen noch als Ausführung des vorher gefassten Tötungsvorsatzes angesehen werden kann.

8. Durchaus verwandte Beobachtungen, wie die soeben über gewolltes, aber nicht bewusstes Tun und Unterlassen angestellten, lassen sich in Betreff des Gegenstückes — des bewussten, aber nicht gewollten Tuns und Unterlassens — machen.

Auch hier ist nicht nur die abstrakte Möglichkeit gar nicht zu bestreiten, sondern es lassen sich auch Beispiele tatsächlich so gearteten Verhaltens aus der Erfahrung leicht beibringen. Und zwar ist es wiederum das Unterlassen, das am zweifellosesten und zugleich in allgemeinerer Weise als ein „bewusstes und doch nicht gewolltes" konstatiert werden kann; nämlich überall da, wo jemand sich selbst zu einer Unterlassung gezwungen sieht, indem er es als unmöglich erkennt, in einer bestimmten Weise positiv zu handeln und doch fortgesetzt darauf sinnt, ob und wie er vielleicht doch noch so handeln könne.

Anderseits fehlt es freilich auch nicht ganz an Fällen, wo uns ein positives Tun als „bewusstes und doch nicht gewolltes" entgegentritt. Namentlich kann eine solche Verbindung von Bewusstsein und Nicht-wollen dann nicht geleugnet werden, wenn der Handelnde in demselben Momente, in welchem er die entscheidende Körperbewegung vornimmt, eine Folge seines Tuns erkennt, deren frühere Erkenntnis ihn sicher bestimmt haben würde, sein Tun anders zu gestalten. Man denke an einen Schützen, der unmittelbar im Augenblicke des Losdrückens die Schusslinie wider Erwarten durch einen Menschen gekreuzt sieht und sich gleichzeitig mit Entsetzen sagt, dass seine Kugel nun diesen Unglücklichen treffen werde. Immerhin wird die hierbei gemachte Voraussetzung vollständiger Gleichzeitigkeit von Körperbewegung und Bewusstwerden der Folge bloss ausnahmsweise zutreffen; ganz davon zu schweigen, dass sich selbst unter dieser Voraussetzung unser natürliches Gefühl sträubt, von einem bewussten Erschiessen des Vorüberlaufenden zu reden.

Noch viel entschiedener jedoch muss ich mich gegen eine Ansicht erklären, die in mehrfacher Form sich geltend zu machen gesucht hat: gegen die Ansicht nämlich, dass es in sehr viel ausgedehnterem

Maasse ein bewusstes Tun und Unterlassen gebe, das zwar juristisch und überhaupt ethisch dem gewollten mehr oder weniger gleichwertig, aber dennoch schlechterdings kein wahrhaft gewolltes sei.[13]) Allerdings steht diese Ansicht in so nahem Zusammenhange mit der Schuldlehre, dass wir im IV. Abschnitt jedenfalls noch einmal darauf werden zurückkommen müssen. Aber ein Grundfehler derselben — und zwar nach allen mir bekannten Ausführungen, wie verschieden diese auch sonst sein mögen, — trifft durchaus die uns gegenwärtig beschäftigenden, allgemein psychologischen Fragen. Er besteht einerseits in einer zu weiten oder mindestens zu unbestimmten Fassung des bewussten Tuns und Unterlassens, — genauer gesagt: des Bewusstseins von den ein gewisses Tun oder Unterlassen charakterisierenden Folgen, — anderseits in einer ebenso ungerechtfertigten Einschränkung des Wollens.

Nach unserer Darlegung in Nr. 2 kann ein durch seine Folge charakterisiertes Tun oder Unterlassen als ein schlechtweg „bewusstes" nur unter der Voraussetzung bezeichnet werden, dass mit der jene Folge herbeiführenden Körperbewegung gleichzeitig

---

[13]) Wie die Nachweisungen A. Löfflers in seinem trefflichen Buche über „die Schuldformen des Strafrechts in vergleichender historischer und dogmatischer Darstellung" ergeben, ist dies im Grunde schon die Ansicht zahlreicher Vertreter der Lehre von einem sogen. Dolus indirectus. Aus neuerer Zeit kommen in Betracht: 1. alle, die — wie Bekker, Zitelmann u. A. — überhaupt bloss die Körperbewegung, niemals den darüber hinaus reichenden Erfolg als gewollt ansehen (worüber wir uns schon in Nr. 5 ausgesprochen); 2. diejenigen, welche — wie namentlich Lucas (vergl. oben Anm. 9) — zwar die Möglichkeit eines wahren Wollens der Folgen nicht bestreiten, vielmehr in dem Worte „Absicht" den zutreffenden Ausdruck für diese Art des Wollens erblicken, dagegen unter „Vorsatz" nur ein Wollen der Körperbewegung in Verbindung mit dem Bewusstsein der Folgen verstehen; 3. die der zweiten Gruppe nahestehende, jedoch eigentümlich ausgestaltete, auf die Forderung einer besonderen dritten Schuldform — der Wissentlichkeit — hinauslaufende Ansicht Löfflers selbst; 4. die radikalen, freilich bei näherer Betrachtung im einzelnen sehr verschieden zu beurteilenden Theorien, nach welchen dem Wollen überhaupt jede selbständige Bedeutung neben oder gegenüber dem Vorstellen abgesprochen wird. . . . Dass das Reichsgericht nicht als Anhänger einer derartigen „Vorstellungstheorie" angesehen werden kann, liegt für jeden noch einigermaassen Unbefangenen, trotz der gegenteiligen Behauptung v. Liszt und Frank, auf der Hand. Vergl. hierzu jetzt v. Hippel, die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 5 ff.

das Bewusstsein nicht nur von dieser selbst, sondern zugleich von jener Folge als solcher und zwar als einer zukünftigen wirklichen, also mit Bestimmtheit erwarteten verbunden ist. Dagegen fordert die von uns bekämpfte Ansicht für ein bewusstes Tun oder Unterlassen bloss ein Wahrscheinlich-erachten der fraglichen Folgen; ja, es genügt ihr sogar öfters ein blosses Für-möglich-halten. Man darf sich für eine solche Verflachung des uns hier interessierenden Begriffs nicht etwa darauf berufen, dass ein vollkommenes Vorauswissen der Folgen oder auch nur der in etwas weiterer Ferne liegenden Folgen dem Menschen überhaupt nicht gegeben sei. So wenig es mir einfällt, dies zu leugnen, so zweifellos ist es doch zugleich, dass die Vorstellung gewisser Folgen einer Handlung durchaus nicht immer mit dem blossen Gedanken der Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit, sondern in sehr zahlreichen Fällen tatsächlich mit der Überzeugung, dass sie eintreten werden, oder m. a. W. mit dem Gefühle subjektiver Gewissheit begleitet ist. Und eben diese subjektive Gewissheit ist es, die es uns allein möglich macht, unbedenklich von einem Bewusstsein der Folgen als Folgen schlechtweg und vollends von einem bewussten Tun oder Unterlassen zu reden, das zugleich als ein Tun oder Unterlassen von der ganz besonderen, durch die Folge bestimmten Art gekennzeichnet werden soll. Wir verkennen darum selbstverständlich nicht, dass auch schon jene Vorstellung der Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit gewisser Folgen für die nähere Bestimmung des Bewusstseins und damit auch für die Kennzeichnung einer bewussten Handlung als solcher bedeutsam sein kann. Allein wie hier das Bewusstsein selbst jedenfalls anders geartet ist, als im Falle subjektiver Gewissheit, so muss auch das Tun oder Unterlassen mit dem Bewusstsein der blossen Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit der Folge von dem schlechtweg bewussten Tun und Unterlassen unter allen Umständen streng geschieden werden.

Von hervorragendster Wichtigkeit ist die letztere Unterscheidung für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit aus dem Bewusstsein der Folgen auf ein Wollen derselben zu schliessen ist.

Bei dem schlechtweg bewussten Handeln ist diese Frage — abgesehen von den oben besprochenen Ausnahmefällen — regel-

mässig zu bejahen. Wer eine Körperbewegung vornimmt in der einfachen Voraussetzung, dass eine gewisse Tatsache infolge davon eintreten werde, also mit der subjektiven Gewissheit dieser Folge, der hat in Wahrheit auch diese Folge gewollt. Dies tritt völlig deutlich heraus, wenn wir uns den Willensvorgang in seiner normal entwickelten Gestalt als eine wohl überlegte Wahl zwischen zwei möglichen Zielen vor Augen halten. In der Tat gibt es für jeden, der vor dem Vollzuge einer Körperbewegung steht, mit welcher sich in seinem Bewusstsein die Vorstellung einer unvermeidlichen Folge verbindet, nur ein Entweder-Oder: Entscheidung für das Handeln mit der gedachten Folge oder vollständiges Aufgeben jeder Handlung, mit der jene Folge nach der eigenen Vorstellung verbunden erscheint. Entscheidet er sich hiernach überhaupt für die Handlung, so hat er sich auch für die Folge entschieden. Redet er sich daneben ein, die Folge entspreche nicht seinem Willen, so betrügt er sich damit nur selbst; höchstens dürfte er sagen, dass er die fragliche Folge nicht als Hauptzweck oder Haupterfolg gewollt habe, aber als Folge — wenn auch nur als Nebenfolge — hat er sie zweifellos gewollt. Und zwar handelt es sich in allen solchen Fällen um ein mehr oder weniger schlechthinniges Wollen, nicht um ein bloss bedingtes, oder mindestens nur um ein bedingtes in dem Sinne, in welchem auch die ausschliessliche Richtung der Absicht auf einen Erfolg in gewisser Hinsicht ebenfalls als bloss bedingtes Wollen (vergl. oben Nr. 6 a. E.) angesehen werden muss.[14])

Ganz anders liegt die Sache, wo das Tun oder Unterlassen nur von dem Bewusstsein der Möglichkeit einer gewissen

---

[14]) In Übereinstimmung hiermit spricht auch unser B. G. B. in zahlreichen Fällen bloss von einem Kennen oder Wissen, wo es offenbar ein „vorsätzliches" Handeln charakterisieren will. Dagegen ist es völlig unzulässig, daraus folgern zu wollen, dass das B. G. B. die sogenannte Vorstellungstheorie adoptiert habe. Diese Annahme wird — ganz abgesehen von den Motiven, die man doch nicht gar zu geringschätzig behandeln darf, — schon durch den Umstand widerlegt, dass das B. G. B. den Ausdruck „Vorsatz" als allgemeinen technischen Ausdruck für die eine Hauptschuldart beibehalten hat. Denn das Wort „Vorsatz" weist, sowohl nach dem gemeinen, als dem bisherigen wissenschaftlichen Sprachgebrauche, zweifellos auf einen Willensakt, einen Entschluss, nimmermehr auf ein blosses Wissen oder Kennen hin. Am deutlichsten tritt

Folge begleitet ist. Ich gebe bereitwilligst zu, dass aus diesem Bewusstsein allein niemals ein Schluss auf das Wollen der Folge gerechtfertigt ist. Denkbar ist es zwar, dass eine Handlung sogar um einer sehr unwahrscheinlichen Folge willen vorgenommen wird; so z. B. in den früher (§ 33, Nr. 9, S. 65) erörterten Fällen, in denen wir den Mangel eines Kausalzusammenhanges im Sinne des Rechtslebens konstatieren mussten. Aber wie schon der letztere Hinweis anzeigt, erscheint hier die Folge — obgleich sie gewollt ist — überhaupt als keine wahre Wirkung der Handlung, also auch nicht als ein dem bezüglichen Tun oder Unterlassen charakteristisches Merkmal, sondern vielmehr als etwas ganz ausserhalb der Tätigkeit des Handelnden Liegendes. Anderseits spricht eine starke Vermutung dafür, dass überall, wo bloss die Vorstellung von der Möglichkeit gewisser Folgen einer Handlung auftaucht, noch kein Wollen dieser Folgen vorliegt. Unter allen Umständen bedarf es mithin neben dem Bewusstsein der Möglichkeit noch eines besonderen Beweises für das Wollen der für möglich gehaltenen Folgen.

Die gleiche Notwendigkeit eines besonderen Beweises für jeden einzelnen Fall muss aber auch da behauptet werden, wo an Stelle eines blossen Für-möglich-haltens bereits ein Für-wahrscheinlich-halten getreten ist. Nur das eine Zugeständnis dürfen wir machen: dass da, wo es einmal bis zur Wahrscheinlichkeitsvorstellung gekommen und dann die Handlung mit dieser Vorstellung vorgenommen worden ist, verhältnismässig häufig auch ein Wollen jener wahrscheinlichen Folgen, mindestens als bedingtes

---

dies hervor an den verbalen Redewendungen: „einen Vorsatz fassen" oder „sich etwas vorsetzen". Wer also im Gegensatz hierzu behaupten will, „Vorsatz" sei nach der Auffassung des B. G. B. schlechtweg „das Kennen des zu vertretenden Umstandes", wie dies v. Liszt (Deliktsobligationen im System des B. G. B., S. 54) tut, der müsste speziell beweisen, dass das B. G. B. das Wort „Vorsatz" in einer Bedeutung habe nehmen wollen, die von der sprachlich angezeigten und bisher allgemein bekannten grundsätzlich abweicht. Ohne solchen Beweis ist aus den fraglichen Bestimmungen des B. G. B. immer nur zu schliessen, dass danach bei vorhandener Kenntnis oder Voraussicht der Folge einer Handlung auch diese Folge als gewollt und darum auch in Bezug auf sie „Vorsatz" anzunehmen ist. Vergl. jetzt auch v. Hippel, a. a. O., S. 69 ff.

Wollen, vorliegen wird. Auch dürfte in derartigen Fällen der Beweis — namentlich der Beweis eines bedingten Wollens — meist ohne grosse Schwierigkeit zu führen sein. Als beste Handhabe hierfür dient eine psychologische Analyse nach dem Vorbilde der oben vollzogenen. Allerdings handelt es sich im gegenwärtigen Falle anscheinend nicht bloss um ein einfaches Entweder-Oder. Vielmehr steht — wenigstens auf den ersten Anblick — der Möglichkeit, für die Handlung schlechtweg, d. h. auch auf die Gefahr hin, dass eine mögliche oder wahrscheinliche Folge eintrete, sich zu entscheiden, ausser der Entscheidung für einfaches Aufgeben der Handlung stets noch eine dritte Möglichkeit gegenüber: Entschluss zum Handeln in der zuversichtlichen Hoffnung, also mit der subjektiven Gewissheit, dass die mögliche oder auch wahrscheinliche Folge nicht eintreten werde. Wo nun ein Entschluss der letzten Art anzunehmen ist, da kann in der Tat, trotz aller Wahrscheinlichkeit, ja sogar trotz des Bewusstseins, dass bedeutsame Gründe für den Eintritt der fraglichen Folgen sprechen, von einem wahren Wollen — auch von einem bloss bedingten oder eventuellen — nicht die Rede sein. Denn die Anerkennung dieser Wahrscheinlichkeitsgründe als solcher wird hier schliesslich doch aufgewogen durch die im entscheidenden Moment des Willensentschlusses zur Handlung sich geltend machende subjektive Gewissheit des Gegenteils. Freilich lässt sich die Frage aufwerfen, ob man in solchem Falle überhaupt noch von einem Handeln mit dem Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit — nicht bloss der Möglichkeit — der bei der vorausgehenden Überlegung als wahrscheinlich angesehenen Folgen sprechen darf. Jedenfalls aber kann es keinem Zweifel unterliegen, dass ein Handeln einfach auf die Gefahr hin, ob die für möglich oder wahrscheinlich gehaltene Folge eintreten werde oder nicht, immer schon ein bedingtes Wollen dieser Folgen in sich schliesst. Der Einwurf, dass Gleichgültigkeit gegen einen gewissen Erfolg doch nimmermehr identisch sei mit dem Wollen dieses Erfolges, trifft allenfalls zu, wenn man unter „Wollen“ ausschliesslich ein „schlechthinniges Wollen“ versteht. Sobald man dagegen ein bedingtes Wollen überhaupt als möglich anerkennt — und nach dem oben Nr. 6 a. E. Bemerkten vermag ich einen gegenteiligen

Standpunkt kaum noch ernsthaft zu nehmen —, da erscheint die „Gleichgültigkeit gegen den möglichen Erfolg der Handlung" umgekehrt nur als ein irreführender Ausdruck für das bedingte Wollen dieses Erfolges. Denn wer wirklich bewussterweise gleichgültig ist, ob seine Handlung ausser dem in erster Linie erstrebten Erfolge auch noch andere, als möglich oder gar wahrscheinlich erkannte Folgen haben werde, der nimmt eben bei der in dieser Stimmung erfolgenden Willensentschliessung jene an und für sich nicht-bezweckten Folgen bewussterweise „mit in den Kauf"; er will lieber die Handlung mit jenen eventuellen Nebenfolgen, als den Verzicht auf den Hauptzweck und damit auf die Handlung selbst. Sein Willensentschluss umfasst also in der Tat stets zugleich die an sich nicht beabsichtigten Nebenfolgen mit, wenn auch bloss bedingterweise, d. h. bloss für den Fall, dass sich nun einmal die Sache nicht anders macht. Ob übrigens jene bedingt gewollten Nebenfolgen günstige oder ungünstige sind, kommt für unsere gegenwärtige Erörterung noch nicht in Betracht.

§ 35.

Eigentümliche Modifikationen in der näheren Bestimmung eines gewissen menschlichen Verhaltens, speziell innerhalb des gewollten Tuns, ergeben sich:

I. aus der Unterscheidung zwischen Vollendung und Versuch;

II. aus der zielbewussten Zusammenfassung oder Scheidung von mehreren Handlungen ein und derselben Person;

III. aus der Verschiedenartigkeit der Beteiligung mehrerer Personen an Einer Handlung.

1. Die in den vorstehenden Sätzen kurz gekennzeichneten Unterscheidungen werden in dem heute wohl am meisten gebrauchten Lehrbuche des deutschen Strafrechts im Gegensatze zu den „Begriffsmerkmalen des Verbrechens", erst nach vollständiger Erörterung dieser letzteren, unter der besonderen Rubrik „Erscheinungsformen des Verbrechens" behandelt. Ich verkenne nun

nicht, dass für eine solche Behandlungsweise — zumal innerhalb des knappen Rahmens eines Lehrbuches — mancherlei Gründe sich geltend machen lassen. Insbesondere liegt jener Rubrizierung als blosser Erscheinungsformen im Gegensatze zu Begriffsmerkmalen des Verbrechens der richtige Gedanke zu Grunde, dass für die Einrangierung in eine bestimmte Verbrechens-Art, also für die Unterordnung unter einen speziellen Verbrechensbegriff, die fraglichen Unterscheidungen keine oder doch nur eine nebensächliche Rolle spielen. Wer sich indessen bemüht, das Rein-Tatsächliche am Unrecht, die „Handlung an sich" scharf zu unterscheiden von ihrer Rechtswidrigkeit und Schuldbarkeit, überhaupt von ihrer rechtlichen oder sittlichen Würdigung — und gerade der Verfasser jenes Lehrbuches, v. Liszt, hat die Notwendigkeit dieser Scheidung nachdrücklichst betont —, der wird nicht bestreiten können, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen Vollendung und Versuch, zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, sowie auch zwischen den verschiedenen Arten der Beteiligung an einem Verbrechen in erster Linie um Dinge handelt, die sich durchaus nicht bloss an Verbrechen, sondern ganz ebensogut an verdienstvollen oder doch erlaubten Handlungen beobachten lassen. Wollten wir also auch den Titel „Erscheinungsformen" für die hiermit berührten Tatbestände uns unbedenklich aneignen, so müssten wir es doch für richtig halten, von ihnen zunächst als von verschiedenen Erscheinungsformen des gewollten Tuns im allgemeinen zu reden.

Dazu kommt aber noch ein Zweites: Diese verschiedenen Erscheinungsformen des gewollten Tuns enthalten nicht bloss weitere Bestimmungen eines „äusseren Verhaltens", die nachträglich neben jenen in den §§ 32—34 erörterten in Frage kommen; sie bergen vielmehr zugleich wichtige Modifikationen der letzteren. Nicht als wenn wir von unsern bisherigen Ausführungen wieder etwas zurückzunehmen hätten. Aber was wir über die nähere Bestimmung des Verhaltens eines Menschen dargelegt haben, kann seine rechte Anwendung auf zahlreiche Einzelfälle nur finden, wenn gleichzeitig die vorstehend erwähnten Unterschiede gebührend berücksichtigt werden. Und schon darum gehört deren Untersuchung gerade hierher.

Es ist ja freilich möglich, dass uns nun ein genau entgegengesetzter Einwand gemacht wird, wie der in § 33, Nr. 4 zurückgewiesene: der Einwand nämlich, dass die zu untersuchenden Begriffe „Rechtsbegriffe“ oder gar nur „strafrechtliche Begriffe“ seien. Bei näherer Betrachtung jedoch erweist sich dieser Einwand ebensowenig als stichhaltig, wie die früher widerlegte umgekehrte Behauptung von dem absolut nicht-juristischen Charakter des Ursachenbegriffs. Dass die für uns in Betracht kommenden, oben schon genannten Begriffe vollständig Produkte des Rechts oder gar nur des Strafrechts, also ohne die Existenz eines solchen Rechts durchaus undenkbar seien, wird wohl schwerlich jemand sich einbilden. Zwar versteht sich von selbst, dass von einem Verbrechens-Versuche, von Verbrechens-Einheit und -Mehrheit, von Anstiftung und Beihülfe zu Verbrechen immer bloss die Rede sein kann unter Voraussetzung eines Rechts, nach welchem gewisse Handlungen als Verbrechen sich darstellen; denn der Begriff des Verbrechens ist in der Tat nur möglich auf Grund eines irgendwo geltenden Rechts. Allein nicht minder gewiss sind die sehr viel allgemeineren Begriffe, die wir mit den Worten „Versuch“, „Einheit“ und „Mehrheit“, „Anstiftung“ und „Beihülfe“ verbinden, nicht erst durch Vermittelung des Rechts entstanden, geschweige denn abhängig von der Existenz irgend eines positiven Rechts. Ja, selbst ein Begriff, wie derjenige der „Mittäterschaft“, der wirklich erst auf dem Boden der Rechtswissenschaft gewachsen ist, hat darum nicht unbedingten Anspruch, als ein ausschliesslich juristischer zu gelten. Im Gegenteil; dieser Anspruch schwindet, sobald sich seine Verwendbarkeit auch auf nicht-juristische Erscheinungen offenbart. Denkt man allerdings bei dem Gebrauche der Worte „Rechtsbegriff“ und „Strafrechtsbegriff“ an nichts weiter, als an die Tatsache, dass ein positives Recht oder genauer Strafrecht irgend einen bestimmten Begriff voraussetzt und entsprechend verwendet, so sind die im vorliegenden Abschnitte bereits erörterten Begriffe, wie „Tun und Unterlassen“, „Ursache und Wirkung“, ganz ebenso Rechtsbegriffe und insbesondere auch Strafrechtsbegriffe, wie die den Gegenstand unserer jetzigen Untersuchung bildenden. Man darf sich hieran auch nicht durch den Umstand irre machen lassen, dass ein gewisses positives Recht

geradezu oder doch annähernd eine Definition des Versuchsbegriffs, Anstiftungsbegriffs usw. unmittelbar darzubieten scheint. Einmal enthalten die betreffenden Gesetzesvorschriften regelmässig gar keine wahren Begriffsbestimmungen. Beispielsweise will weder der Art. 2 des Code pénal, noch der § 43 des deutschen Str. G. B. aussprechen, was eigentlich „Versuch" sei, sondern beide Vorschriften bestimmen bloss, unter welchen Voraussetzungen wegen Versuchs gestraft werden soll. Und damit ist die Feststellung des Versuchsbegriffs selbst der Wissenschaft überlassen. Aber auch wenn dem nicht so wäre, wenn ein Gesetz wirklich Definitionen der fraglichen Begriffe geben wollte, so würde darum allein diesen Begriffen immer noch nicht jede allgemeinere Bedeutung und vor allem nicht ohne weiteres die Bedeutung abzusprechen sein, dass es Begriffe von rein-tatsächlichem, nicht von spezifisch-juristischem Inhalte sind.

Es kommt mir viel darauf an, dass gerade die letzten Bemerkungen nicht missverstanden werden. Bei flüchtigem Hinsehen mag es vielleicht manchen bedünken, dass ich Begriffen, die nach Inhalt und Umfang mehr oder weniger vollständig und direkt aus bestimmten einzelnen Gesetzesparagraphen entnommen werden können, sogar diejenige rechtliche Bedeutung versagen wolle, die ich — in Opposition zu der herrschenden Lehre — dem von unserer Gesetzgebung vorausgesetzten Kausalitätsbegriffe zugesprochen und nachdrücklichst zu wahren gesucht habe. Dies ist natürlich nicht meine Meinung. Ich betrachte es als ganz selbstverständlich, dass behufs Auslegung und Anwendung irgendwelcher Rechtsvorschriften die darin vorkommenden Begriffe stets nur so aufgefasst werden dürfen, wie sie nach Inhalt und Umfang von dem betreffenden positiven Rechte vorausgesetzt sind. Dies gilt ebensowohl von solchen Begriffen, über deren Inhalt und Umfang wirklich besondere Gesetzesparagraphen direkten Aufschluss geben, als von allen andern, deren Inhalt und Umfang aus dem mehr oder weniger konsequenten Sprachgebrauche des fraglichen positiven Rechts entnommen werden muss. Auf den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens oder einer nicht-juristischen Wissenschaft zurückzugreifen, ist nur dann notwendig, wenn sich vermuten lässt, dass das Recht selbst ihm ganz oder teilweise gefolgt ist. Die Frage ist nun

aber: Zu welcher der genannten Kategorien gehören die uns augenblicklich interessierenden Begriffe? Natürlich kann auch diese Frage bloss beantwortet werden vom Standpunkte eines bestimmten Rechts aus. Halten wir uns demnach beispielsweise auch hier an unser deutsches Reichsrecht, genauer an unser Str. G. B. Wir haben nun schon oben darauf hingewiesen, dass das Str. G. B. § 43 bloss scheinbar eine Definition des Versuches gibt; und wesentlich dasselbe gilt von den §§ 48 und 49, die ebenfalls nicht bestimmen, was Anstiftung und Beihülfe sei, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen jemand als Anstifter und Gehülfe zu bestrafen sei. Man kann mithin in allen drei Bestimmungen höchstens Definitionen des strafbaren Versuchs, der strafbaren Anstiftung und Beihülfe finden, nicht aber Definitionen des Versuchs, der Anstiftung und der Beihülfe schlechtweg. Denken wir dem noch weiter nach, so ergibt sich folgendes sehr eigentümliche Resultat: Je genauer in den citierten Paragraphen die Voraussetzungen bestimmt sind, unter denen jemand wegen Versuchs als Anstifter oder als Gehülfe bestraft werden soll, um so tiefer sinkt, wenigstens für das Gebiet des deutschen Strafrechts, die praktische Bedeutung einer Definition der dabei vorausgesetzten höheren Gattungsbegriffe. Ja, insofern lässt sich in der Tat sagen, dass die nähere Untersuchung der letzteren für die Anwendung der Strafrechtsnormen von geringerer Wichtigkeit ist, als die früher vorgenommene Prüfung des Begriffs der Ursache oder der Verursachung. In um so höherem Grade steigt aber anderseits auch die Vermutung, dass jene allgemeineren Gattungsbegriffe als solche von unserm positiven Rechte selbst nicht anders aufgefasst sein wollen, als nach dem teils im gewöhnlichen Leben, teils auf andern Wissensgebieten herrschenden Sprachgebrauche. Will daher die Rechtswissenschaft nicht gänzlich darauf verzichten, jene allgemeineren Begriffe auf ihren Gehalt zu prüfen und danach festzustellen, ob und inwieweit schon in ihnen die vom Rechte besonders herausgehobenen Voraussetzungen der Strafbarkeit enthalten sind oder nicht, — und sofern die Rechtswissenschaft nicht bloss der Praxis Handlangerdienste leisten und zugleich jeden Maassstab für die Kritik und Fortbildung des bestehenden Rechts beiseite lassen will, darf sie dies schlechterdings nicht, — so tritt gerade hier

deutlich die Notwendigkeit hervor, die gedachten Begriffe und bezw. Unterscheidungen von einem umfassenderen, nicht ausschliesslich juristischen Standpunkte aus ins Auge zu fassen.[1])

2. Wir beginnen mit der Frage: Was ist nach gemeinem Sprachgebrauche unter „Versuch“ zu verstehen?

Halten wir uns zunächst an die Wortbildung. „Versuchen“ ist zweifellos abgeleitet von „suchen“; es bezeichnet eine eigentümliche, energische Art des Suchens. Demgemäss steht der Versuch einer Tat genau so in der Mitte zwischen dem Entschlusse zur Tat einerseits und der Vollendung oder Durchführung der Tat anderseits, wie das „Suchen“ zwischen dem „Finden-wollen“ und dem „Finden“.

Damit ist nicht gesagt, dass zum Versuche unter allen Umständen eine äussere Tätigkeit des Versuchenden gehöre. Wo das zu erstrebende Ziel etwas rein Innerliches ist, da kann natürlich auch schon eine rein innerliche Tätigkeit als ein Versuch in der fraglichen Richtung charakterisiert werden. So machen wir täglich — bald mit, bald ohne rechten Erfolg — Versuche, uns irgendwelche Tatsachen ins Gedächtnis zurückzurufen, indem wir uns bemühen, die entsprechenden Vorstellungsassoziationen zu erzeugen. Ja, sogar da, wo das Ziel in der Aussenwelt liegt, — mag dasselbe nun bloss in einer Bewegung des eigenen Körpers oder vielmehr in einer an anderen Objekten hervorzurufenden Folge bestehen, — ist ein Versuch, der noch dem Innenleben angehört oder wenigstens auf der Grenze zwischen Innen- und Aussenwelt sich hält, nicht schlechthin undenkbar. Wer sich ernstlich bemüht, den Arm zu erheben, um einen Gegenstand zu ergreifen oder um einen Andern zu schlagen, aber schon an der wirklichen Erhebung des Armes durch eine unerwartet eingetretene Nerven- oder Muskellähmung verhindert wird, der hat sicherlich „versucht“, den Arm zu erheben; ja, es ist aus dem allgemeinen Sprachgebrauche kein Grund zu entnehmen, warum man in solchem Falle nicht auch von einem Versuche, zu schlagen oder etwas zu ergreifen, sprechen sollte.

---

[1]) Dass ich mich in den nachfolgenden Erörterungen grösstenteils darauf beschränke, meine eigene Ansicht zu begründen, ohne auf die äusserst reichhaltige Literatur einzugehen, bedarf wohl keiner besonderen Entschuldigung.

Anderseits kommen freilich alle solche Versuche für das Rechtsleben nicht in Betracht. In dem an erster Stelle erwähnten Falle liegt überhaupt gar nichts vor, was einer rechtlichen Beurteilung fähig wäre. Denn da alles Recht an und für sich nur Forderungen für das äussere Verhalten von Menschen zu Menschen enthält, so kann es schlechterdings keinen rechtlichen Maassstab für ein Wollen geben, das seinem Ziele nach nicht über das Innenleben des Wollenden hinausgeht. Etwas anders steht die Sache in Fällen der zweiten Art. Hier ist zweifellos ein äusseres Ziel gewollt und dazu als Mittel ein äusseres Verhalten des Wollenden selbst. Gleichwie nun dieses äussere Verhalten der Kontrolle nach irgendwelchen Rechtsnormen unterworfen werden kann, so ist auch bereits eine Schätzung der Willensentschliessungen möglich, die ein solches äusseres Verhalten zum Gegenstande haben: das Wollen selbst erscheint also in diesen Fällen ganz ebenso als rechtmässig oder rechtswidrig, wie es das gewollte äussere Verhalten ist. Allein rechtlich erheblich, bedeutsam für die Rechtsanwendung ist auch ein solches Wollen nicht, so lange es nicht irgendwie in einem äusseren Tun oder Unterlassen, nicht bloss in einem „Versuche" der oben dargestellten Art seine Betätigung gefunden hat. An ein rein innerliches Verhalten — auch wo es, mit Rücksicht auf sein Ziel, einer rechtlichen Beurteilung fähig ist — knüpft die Rechtsordnung keine Rechtsfolgen.

Positiv ausgedrückt: Für das Rechtsleben kann immer bloss ein Versuch in Betracht kommen, der die Grenzen des Innenlebens — auch des körperlichen Eigenlebens als solchen — überschritten hat, d. h. als ein Tun oder Unterlassen in die äussere Erscheinungswelt eingetreten ist. Oder um in der Sprache des Reichsstrafgesetzbuches zu reden: Der in einem Versuche zur Durchführung gelangende Willensentschluss muss jedenfalls „durch Handlungen.. betätigt" worden sein, wenn er rechtlich erheblich sein soll. Trotzdem dürfte es nicht überflüssig sein, darauf wiederholt hinzuweisen, dass der Versuchsbegriff an und für sich schon auf Erscheinungen anwendbar ist, die gänzlich innerhalb des Eigenlebens des Wollenden liegen. Gerade eine Vergleichung solcher rein im Innern eines Menschen sich abspielenden, der unmittelbaren Beobachtung Dritter entzogenen Versuche mit den für gewöhnlich ausschliesslich berücksichtigten,

in die Aussenwelt eingreifenden Versuchen kann uns vor manchen Irrungen und Missgriffen bewahren; insbesondere liefert sie einen lehrreichen Beitrag zur rechten Würdigung der in fast allen neueren Legaldefinitionen des strafbaren Versuchs wiederkehrenden Worte: „Anfang der Ausführung."

Man darf offenbar nicht sagen, dass die Ausführung eines Willensentschlusses unter allen Umständen in „Handlungen" im Sinne des Rechts, d. h. in einer äusserlich erkennbaren Tätigkeit, in einem Wirken auf die Aussenwelt bestehen müsse. Wo das Ziel des Entschlusses selbst nur ein innerliches ist, kann auch die Verfolgung desselben und damit eben die Ausführung des Entschlusses eine rein innerliche sein. Ich sage: sie „kann". Denn auch das Umgekehrte kommt oft genug vor: wir brauchen auch äussere Mittel zur Erreichung spezifisch innerer Zwecke; wir treiben z. B. Lektüre, stellen Forschungen an, machen Experimente usw., bloss um unsere Kenntnisse zu erweitern. Ganz davon zu schweigen, dass sich schliesslich bei allen Entschliessungen ein wesentlich innerlicher Endzweck voraussetzen lässt. (Vergl. oben § 34, Nr. 4.) Aber ebensogewiss ist nicht nur die Verfolgung rein innerlicher Zwecke, sondern sogar die Ausführung von Willensentschlüssen, die eine Einwirkung auf die Aussenwelt zum Gegenstande haben, niemals als etwas schlechthin Äusserliches denkbar. Vielmehr ist ausser dem Willensentschlusse zu einem Tun oder Unterlassen stets auch noch der erste Anfang der Ausführung ein innerer Vorgang im handelnden Menschen; es ist derselbe Akt, den wir gelegentlich (§ 34, Nr. 5, Anm. 6 und 8) als Vollzugswillen dem Entschlusswillen gegenübergestellt haben. Allerdings ist auch dieser erste „Anfang der Ausführung", da er für sich allein noch keine Handlung im Rechtssinn ist, so lange rechtlich unerheblich, als dem Vollzugswillen noch nicht die entsprechende äussere Körperbewegung nachgefolgt ist. Sobald dies jedoch der Fall ist, liegt auch sofort eine Handlung im Rechtssinn und damit zugleich ein rechtlich erheblicher — eventuell strafbarer — Versuch vor: vorausgesetzt natürlich, dass der die Körperbewegung herbeiführende Wille nicht allein wahrer Vollzugswille (in Rücksicht auf die Körperbewegung an sich), sondern auch zugleich Ausführungswille (im Hinblick auf den zu realisierenden Willensentschluss) war.

Mit den letzten Bemerkungen haben wir schon stillschweigend anerkannt, dass wir in den vom Reichsstrafgesetzbuche hervorgehobenen Merkmalen des strafbaren Versuchs gleichzeitig eine zutreffende Definition zwar nicht des Versuchsbegriffs schlechtweg, wohl aber des rechtlich erheblichen Versuchs oder m. a. W. des in die Aussenwelt eingreifenden Versuchs — im Gegensatze zu dem ausschliesslich dem Innenleben eines Menschen angehörenden Versuche — erblicken. Freilich setzen wir hierbei voraus, dass die Worte „Anfang der Ausführung" in § 43 des Str. G. B. in durchaus subjektivem Sinne, d. h. vom Standpunkte des Handelnden selbst aus aufzufassen sind. In der Tat entspricht aber diese Auffassung auch einzig und allein sowohl dem gemeinen Sprachgebrauche, wie dem Grundgedanken des citierten Paragraphen und dem Zusammenhange mit andern, insbesondere dem § 46. Von einer „Ausführung" im objektiven Sinne zu reden, ist immer nur erlaubt, soweit dem Entschlusse die wirkliche Tat entspricht und demgemäss, sofern diese Tat durch eine Folge charakterisiert sein soll, nur soweit diese Folge tatsächlich — mindestens teilweise — durch die Handlung herbeigeführt ist; wo dieser Einklang zwischen Wille und Tat fehlt, kann im objektiven Sinne überhaupt von keiner Ausführung, auch nicht von einem Anfang der Ausführung gesprochen werden. Wenn z. B. der A auf den B schiesst, um ihn zu töten oder zu verwunden, ihn aber verfehlt, so liegt — objektiv betrachtet — immer bloss eine Ausführung des Entschlusses vor, auf den B zu schiessen, nicht eine Ausführung — auch kein Anfang der Ausführung — des Entschlusses, den B zu töten oder körperlich zu verletzen. Versteht man also die Formel „Anfang der Ausführung" wirklich streng objektiv, so würde im vorliegenden Falle von einem strafbaren Versuche des Mordes, Totschlags oder der Körperverletzung im Sinne des Str. G. B. § 43 schlechterdings nicht die Rede sein können. Mit Einem Worte: Gerade in Fällen, wo sonst kein Mensch bezweifelt, dass die Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs vorliegen, in allen Fällen des sogenannten beendigten Versuchs, wäre der citierte § 43 unanwendbar; nur wenn man die fraglichen Worte subjektiv versteht, wird eine derartige offenbare Absurdität vermieden.

Dass die letzterwähnte Tatsache noch immer von Vielen nicht begriffen oder wenigstens ignoriert wird, ist höchst auffällig. Zwar liegt der Grund der Scheu, den Begriff der Ausführung und entsprechend des Anfangs der Ausführung einfach subjektiv zu fassen, ziemlich klar zu Tage: es ist vor allem die Abneigung gegen einen strafbaren Versuch mit untauglichen Mitteln oder gar am untauglichen Objekte. Ich will sogar zugeben, dass man über die Strafwürdigkeit solcher Versuchsfälle sehr verschiedener Meinung sein kann, obgleich ich für meine Person jene Abneigung nie geteilt, vielmehr die in entgegengesetzter Richtung sich bewegende Entwicklung der Reichsgerichts-Praxis mit Freuden begrüsst habe. Aber schwer zu begreifen ist es doch, dass die Gegner eines entschiedenen Subjektivismus noch immer nicht merken wollen, welcher Verwechselung der Begriffe sie sich schuldig machen, indem sie die Frage nach dem Versuchsbegriff mit der Frage nach der Strafbarkeit des Versuchs zusammenwerfen. Ist diese Vermengung etwa dem Bedürfnis entsprungen, einer kriminalpolitischen Überzeugung schon auf dem Boden des geltenden Rechts sofort Geltung zu verschaffen? Oder haben wir gar unserer Gesetzgebung selbst einen ähnlichen Vorwurf zu machen? Ja, wenn sich bestimmt nachweisen liesse, dass die Verfasser des Str. G. B. und ihnen folgend die Gesetzgebungsorgane des Reiches bei der Formulierung der Bestimmungen über den Versuch von der Intention geleitet gewesen wären, den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekte straflos zu lassen! Allein dieser Nachweis ist augenscheinlich nicht zu führen. Anderseits ergibt sich aus der streng subjektiven Auslegung durchaus kein derartiger Widerspruch, wie er nach dem oben Bemerkten jeder wirklich objektiven Auffassung der fraglichen Worte anhaftet, — weder innerhalb unserer Gesetzgebung selbst, noch mit dem, was in Doktrin und Praxis allgemein als strafbarer Versuch angesehen wird. Auch stimmt die subjektive Auslegung durchaus mit dem gemeinen Sprachgebrauche überein, der sich niemals gescheut hat, auch dem törichtsten und unausführbarsten Unternehmen den Titel „Versuch" zuzuerkennen, sofern nur damit ein wirkliches Hinarbeiten auf das unerreichbare Ziel, d. h. sowohl die Vorstellung der Erreichbarkeit des Zieles und der Ausführbarkeit des zur Erreichung

entworfenen Planes, als der Wille zur Ausführung des letzteren verbunden war.

Es versteht sich von selbst, dass diese subjektive Auffassung oder Anwendung der Begriffe „Versuch", „Ausführung", „Anfang der Ausführung" usw., wo sie einmal als die vom positiven Rechte vorausgesetzte anzusehen ist, auch konsequent durchgeführt werden muss; es sei denn, dass eine völlig unzweideutige Rechtsvorschrift ausnahmsweise eine Abweichung hiervon notwendig macht. Dies wird insbesondere auch für die Bestimmung der Grenze zwischen Ausführung und Vorbereitung zu gelten haben. Nur muss hier vor einem Missverständnis gewarnt werden: „Subjektiv" ist keineswegs identisch mit „individuell". So gewiss mit der subjektiven Auffassung jener Begriffe die Forderung gegeben ist, die Frage, ob im einzelnen Falle eine blosse Vorbereitungshandlung oder schon ein Anfang der Ausführung vorliege, vom subjektiven Standpunkte des Handelnden aus, d. h. nach der bei dem Handelnden selbst vorhandenen Anschauung von der Sache zu beantworten, so gewiss kann die Antwort nicht bloss auf irgendwelchen persönlichen Sprachgebrauch oder m. a. W. darauf gegründet werden, ob der Handelnde seine Handlung als Vorbereitungshandlung oder als Ausführungshandlung bezeichnet. Wohl wird man in den meisten Fällen vermuten dürfen, dass mit dieser Bezeichnungsweise gleiche oder doch ähnliche Verhältnisse zwischen der Handlung und dem vorausgegangenen bestimmenden Willensentschlusse gemeint seien, wie die, an welche wir in Gemässheit des positiven Rechts zu denken haben. Allein, entscheidend kann schliesslich niemals die Benennung, sondern immer nur die bei dem Handelnden in Wirklichkeit vorhandene Stellung zur Sache sein, die deshalb in jedem Falle besonders zu konstatieren ist.

Damit geben wir offen zu, dass das Problem, wie zwischen „Vorbereitung" und „Anfang der Ausführung" sachlich zu unterscheiden sei, unter allen Umständen — auch bei subjektiver Auffassung jener Begriffe — bestehen bleibt. Ob freilich dieses Problem überhaupt jemals eine wissenschaftlich völlig befriedigende Lösung finden wird? — Sicherlich nicht, wenn man hierbei an die Auffindung einer völlig klaren und bestimmten Formel denkt, deren Anwendung in jedem konkreten Falle eine rasche und sichere

Entscheidung ermöglichen soll. Dagegen dürfen wir nicht die Hoffnung aufgeben, wenigstens bis zu einem gewissen Grade über den Sinn jener Unterscheidung, sowie insbesondere über die für deren nähere Bestimmung und Verwendung maassgebenden Gesichtspunkte zu einer Verständigung zu gelangen.

Halten wir uns zunächst wiederum an den gemeinen Sprachgebrauch, so irren wir sicher nicht, wenn wir in diesem das Zeugnis für eine gewisse gemeinsame Auffassung der hierher gehörigen Dinge, aber allerdings mehr bloss gefühlsmässiger Art, erblicken. Das will sagen: Jeder nur einigermaassen Gebildete hat ein gewisses, natürliches Verständnis für den Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung und entsprechend zwischen Vorbereitung und Versuch. Vielleicht gelingt es, dieses natürliche Verständnis — wenigstens teilweise — zu analysieren. Am deutlichsten tritt offenbar der Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen da hervor, wo es sich um Ausführung eines bis in alle Einzelheiten durchdachten Willensentschlusses, zumal eines sozusagen typischen Planes, z. B. eines bestimmten Bauplanes oder eines bereits im Geiste vollständig vorschwebenden literarischen oder künstlerischen Werkes handelt. Alle Handlungen, die allein Sinn haben, sofern sie der Realisierung des Planes — der Nachbildung des im Geiste Vorgestellten in der Aussenwelt — dienen, sind Ausführungshandlungen; alle Handlungen, die umgekehrt noch gar keine Realisierung des Planes selbst enthalten, können höchstens Vorbereitungshandlungen sein und sind in der Tat als solche anzusehen, sofern sie in der Absicht vorgenommen wurden, die Ausführung des Planes möglich zu machen oder zu erleichtern. Bis hierher werden selbst Vertreter einer entschieden objektivistischen Anschauung kaum widersprechen. Zwischen jenen beiden Gruppen von Handlungen liegt nun aber noch eine dritte Gruppe: Handlungen, die sowohl als zur Realisierung des Planes gehörig, wie auch als Vorarbeit für eine zukünftige Ausführung des Planes gedacht werden können. Hier gibt es schlechterdings nur einen subjektiven Maassstab der Entscheidung: den Willen bezw. die Vorstellung des Handelnden. Geht dessen Meinung dahin, dass die Handlung ein Stück in der Realisierung des Planes bilden soll, so erscheint sie als Ausführungshandlung; zeigt sich dabei, dass

der Plan auf solche Weise sich nicht ausführen lässt, so war es nur ein „Versuch". So ist das Auswerfen der Erde, um den Raum für das Baufundament herzustellen, zweifellos schon ein Anfang der Bauausführung, auch wenn sich hierbei herausstellt, dass der Boden ungeeignet zum Bebauen ist und der Bau an dieser Stelle darum aufgegeben wird. Geht hingegen die Absicht des zum Bau Entschlossenen vorläufig bloss dahin, die Beschaffenheit des zunächst in Aussicht genommenen Baugrundes zu untersuchen, will er also zunächst noch Forschungen über die Ausführbarkeit seines Unternehmens anstellen, so liegt eine blosse Vorbereitungshandlung vor.

Es ist an und für sich gewiss gerechtfertigt, aus den vorstehenden Erwägungen eine allgemeinere Anweisung für die Scheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen überhaupt zu entnehmen. Nur dürfen wir nicht übersehen, dass sich deren Befolgung nicht immer so einfach gestaltet, wie in dem vorher besprochenen Falle. Namentlich sind es zwei Schwierigkeiten, mit denen wir dabei zu kämpfen haben.

Fürs erste ist es oft schon nicht ganz leicht festzustellen, was eigentlich — auch rein vom Standpunkte des Handelnden selbst betrachtet — zu dem zu realisierenden Plane gehört. Zwar haben wir wohl kaum den Einwand zu fürchten, dass zu einer Willensentschliessung überhaupt nicht notwendig dasjenige erforderlich sei, was wir einen „Plan" zu nennen pflegen. Zugegeben, dass es solche Entschlüsse gibt, so sind es doch jedenfalls nur solche von besonders einfacher Art, bei denen der Gegensatz von Vorbereitung und Ausführung gar nicht in Betracht kommt. Wo wir dagegen auch zur Vollziehung solcher einfacher Willensentschliessungen eine gewisse vorbereitende Tätigkeit ausnahmsweise für notwendig erachten, wie z. B. ein vorgängiges Sammeln von Kräften, um den Arm zu erheben, da enthält auch der auszuführende Willensentschluss tatsächlich alles, was für einen „Plan" wesentlich ist: nämlich ein klares Bild von dem Gange, den die beschlossene Handlung nehmen soll. Aber freilich dieses klare Bild — damit kommen wir zu der wirklichen Schwierigkeit — ist häufig zu vermissen. Und diese Schwierigkeit steigert sich, je komplizierter die Erreichung des gesetzten Zweckes ist. Je grösser die Zahl der Bedingungen ist, mit denen der Handelnde zu rechnen hat, und je unmöglicher es

ist, diese Bedingungen sämtlich von vornherein festzustellen, um so weniger bestimmt erscheint der „Plan“ und um so schwankender wird demzufolge die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung des Entschlusses.

Die zweite Schwierigkeit entspringt dem Bedürfnis, das geplante Tun juristisch zu rubrizieren. Denn für das Recht kommt am Ende jeder Plan nur insoweit in Betracht, als das Geplante unter bestimmte, in irgendwelchen Rechtsvorschriften verwendete oder vorausgesetzte Begriffe zu subsumieren ist. Ausser der Frage: Worin besteht der Plan des A nach dessen eigener Auffassung? erhebt sich regelmässig die andere: Inwieweit gehört das von A Geplante zur Ausführung einer Handlung im Sinne einer bestimmten Rechtsvorschrift? Dass diese zweite Frage aus dem positiven Rechte heraus beantwortet werden muss, dem die fragliche Rechtsvorschrift zu entnehmen ist, versteht sich von selbst. Aber gerade darum ist die Antwort um so schwerer, je weniger das betreffende positive Recht bestimmte Anhaltspunkte dafür bietet.[2])

3. In den vorstehenden Bemerkungen zur Lehre vom Versuche ist der Ausdruck „Handlung“ bereits in einer zwiefachen Bedeutung gebraucht worden. Einmal — namentlich überall da, wo wir von Ausführungshandlungen und im Gegensatze dazu von Vorbereitungs-

---

[2]) Das gilt insbesondere auch von unserm Reichsstrafgesetzbuche. Gewisse Anhaltspunkte sind allerdings auch hier gegeben; vor allem sind sie enthalten in den Bestimmungen, durch welche gewisse Arten der Ausführung als Straferschwerungsgründe eines bestimmten Delikts hingestellt werden. So nimmt man mit Recht wohl allgemein an, dass schon das Einsteigen oder Einbrechen genügt, um einen Diebstahlsversuch anzunehmen; vorausgesetzt natürlich, dass jene Handlungen bereits im Plane des Verbrechers lagen, d. h. mit der Absicht zum Stehlen vorgenommen waren. Und weiter wird man auch anerkennen müssen, dass jene Gesetzesbestimmungen zugleich eine wichtige Grundlage bilden für eine analoge Auslegung des Begriffs der „Ausführung“ und zwar in doppelter Hinsicht. Einmal liegt es nahe, jene gesetzlich besonders ausgezeichneten Handlungen auch bei anderen Verbrechen als Versuchshandlungen aufzufassen, namentlich wo diese Verbrechen schon an sich so schwer sind, dass es keinen Sinn haben würde, jene besonderen Ausführungshandlungen als Erschwerungsgründe aufzufassen. Anderseits stellen auch jene besonderen Ausführungshandlungen nur Beispiele dar, denen sich leicht andere angliedern lassen. Immerhin bleibt ein weites Gebiet, in welchem schliesslich nur ein gewisses Gefühl — Sprachgefühl und Rechtsgefühl — des Richters den Ausschlag geben kann.

handlungen sprachen — verstanden wir unter „Handlung" den einzelnen körperlichen Akt, in welchem sich ein Wollen kundgibt, gleichviel, welcher Wert diesem Akte im Verhältnisse zu irgend welchen andern zukommt. Anderseits aber nannten wir „Handlung" auch einen ganzen Inbegriff solcher gewollter Akte oder Einzelhandlungen, sofern nämlich diese letzteren sämtlich durch ein einziges gemeinsames Ziel bestimmt sind und darum unserm Denken als ein einheitliches Ganzes erscheinen. So bilden alle „Ausführungshandlungen", eben weil sie sämtlich auf Ein Ziel, auf Ausführung Eines Planes gerichtet sind, zusammen eine einzige Gesamthandlung, die wir entsprechend mit einem einzigen Worte, das meist die Herbeiführung des gewollten Erfolges ausdrückt, zu kennzeichnen pflegen. Auch macht es für diese Auffassungsweise keinen Unterschied, ob der gewollte Erfolg erreicht ist und damit die Ausführung des Planes ihren beabsichtigten Vollendungspunkt erreicht hat, oder ob die Handlung, d. h. die Gesamthandlung im Stadium des Versuchs stehen geblieben ist. Handlungen, die im Falle des Gelingens nicht zur fraglichen Gesamthandlung gerechnet werden dürften, können auch niemals für wahre Versuchshandlungen — im Falle des Misslingens — angesehen werden, und umgekehrt. Wir könnten daher unsere Anschauung vom Versuche auch kurz dahin formulieren: Alle Versuchshandlungen, wie überhaupt alle Ausführungshandlungen müssen sich darstellen als Glieder einer Gesamthandlung, die sich ihrerseits als Verfolgung eines bestimmten einheitlichen Zieles charakterisiert.

Sachlich ist hiermit allerdings nichts Neues gesagt. Ob und inwieweit im konkreten Falle eine Gesamthandlung oder nur eine Mehrheit von Handlungen vorliegt, lässt sich, wie wir schon an anderer Stelle hervorgehoben haben,[3]) niemals auf Grund allgemeiner wissenschaftlicher Erwägungen, sondern immer nur aus der Vorstellung der Beteiligten bezw. der Rechtsgenossen überhaupt heraus entscheiden. Zu genau demselben Resultate haben uns die Erörterungen in Nr. 2 geführt: Was zur Ausführung eines

[3]) Vergl. Bd. II, S. 89ff. und meine Abhandlung „Gesamtwille und Gesamthandlung" in der Festgabe der Greifswalder Juristenfakultät für E. I. Bekker, bes. S. 22—26.

Planes oder Willensentschlusses gehört, ist einerseits aus der Aufstellung des Planes seitens des Handelnden selbst, anderseits — sofern es auf die rechtliche Beurteilung ankommt — aus der Anschauung der Rechtsgenossen über den Umfang des vom Rechte vorausgesetzten besonderen Handlungsbegriffs zu entnehmen.

Dagegen scheint es mir wichtig, gerade im Anschluss an die Lehre vom Versuche darauf hinzuweisen, welche bedeutsame Rolle die hier von neuem betonte Tatsache, die wir am kürzesten als Variabilität oder auch — im Hinblick auf die Bestimmungsquelle — als Subjektivität des Handlungsbegriffs bezeichnen könnten, noch für eine ganze Reihe anderer Lehren im Gebiete des Rechts, vor allem des Strafrechts spielt. Um ein Strafgesetz auf einen gegebenen Tatbestand richtig anzuwenden, ist es in jedem einzelnen Falle nötig zu konstatieren, ob nur Eine strafbare Handlung im Sinne des Gesetzes oder mehrere derartige Handlungen vorliegen. Die Entscheidung dieser Frage aber ist immer nur auf die Auffassung des Gesetzes selbst — den offiziellen Niederschlag der Anschauung der Rechtsgenossen — von dem betreffenden Handeln zu gründen.

Es liegt mir vollständig fern, mit dem so aufgestellten Grundsatze sofort einen Gedanken zu verbinden, wie er in der Tat bisweilen ausgesprochen worden ist: dass nämlich die Einheit oder Mehrheit der Handlungen abhängig sei von der Zahl der Normen, mit denen das Handeln in Widerspruch tritt oder nach welchen dessen Strafbarkeit sich bestimmt. Für unser heutiges deutsches Recht ist das gerade Gegenteil sichergestellt durch § 73 des Str. G. B., wo ausdrücklich die Möglichkeit vorausgesetzt wird, dass „eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletze". Wenn trotzdem einzelne Vertreter der Strafrechtswissenschaft in solchen Fällen mehrere strafbare Handlungen annehmen, so beruht dies offensichtlich auf einer Verkennung der Tatsache, dass der Begriff der strafbaren Handlung nicht einfach identisch ist mit dem früher allgemein gebräuchlichen Begriffe des Verbrechens im weiteren Sinne. Die „strafbare Handlung" gibt sich unter allen Umständen als eine Art von Handlung. Der Ausdruck „Verbrechen" dagegen, gleichwie die verwandten Ausdrücke „Delikt, Vergehen, Übertretung", weist in erster Linie auf das hin, wogegen sich das

Verbrechen richtet; der Gedanke, dass dazu unter allen Umständen Handlungen gehören, steht erst in zweiter Reihe. Und ebendarum ist es sprachlich möglich zu sagen, Eine Handlung schliesse mehrere Verbrechen in sich. Sobald man dagegen das Verbrechen im weiteren Sinne ernstlich als eine Handlung von bestimmtem Charakter definiert, also den Handlungsbegriff ernstlich als höhern Gattungsbegriff des Verbrechens anerkennt oder, noch radikaler vorgehend, den Begriff des Verbrechens im weiteren Sinne verwirft und durch den der strafbaren Handlung ersetzt, da ist es schlechthin widersinnig, im Falle der sogenannten Idealkonkurrenz von mehreren Verbrechen oder strafbaren Handlungen zu sprechen, anstatt von Einer verschiedenen Rechtsnormen widersprechenden, aus verschiedenen Gründen strafwürdigen Handlung.[4])

---

[4]) Freilich ist es darum nicht erlaubt, die Auffassung des Verbrechens als Handlung zu übertreiben, wie dies namentlich durch Höpfner in seinem verdienstlichen Buche über „Einheit und Mehrheit der Verbrechen" geschieht. Zuvörderst wird von letzterem das Handeln mit dem Tun und Unterlassen schlechtweg, und demgemäss das schuldhafte Unrecht mit dem Unrecht überhaupt identifiziert; eine Anschauung, die in der Hauptsache bereits in § 30, Nr. 2, vbd. § 32, Nr. 1, bes. Anm. 2 widerlegt wurde. Ferner unterschätzt H. die Bedeutung der Tatsache, dass nicht bloss das ältere deutsche Recht, sondern wohl fast alle positiven Rechte, die dem Jugendalter oder gar der Kindheitsstufe der Völker angehören, sogar in dem Verbrechen, überhaupt in dem schuldhaften Unrecht nicht notwendig ein Handeln, d. h. ein bewusst-gewolltes Tun oder Unterlassen voraussetzen, sondern sich an einem rein äusserlichen Verhalten, namentlich an der äusseren Herbeiführung eines gewissen Erfolgs genügen lassen. Endlich, selbst wenn wir von alledem absehen und uns speziell auf den Boden des schuldhaften Unrechts im Sinne unseres heutigen Rechts stellen, so bleibt doch die ganz allgemein hingestellte Behauptung Höpfners (a. a. O. Bd. I, S. 156 f.): „Verbrechen ist mit Strafe bedrohtes Unrecht, also nicht Verletzung, nicht Normübertretung, sondern Handlung" — nahezu unbegreiflich. Was würde wohl H. sagen, wenn man ihm vordeduzieren wollte: „Wein ist aus Weintrauben gewonnenes Getränk, also nicht Genussmittel, noch Medikament, sondern Flüssigkeit?" Freilich, durch einen einzigen kleinen Zusatz, wie etwa: „vom Standpunkte der Physik oder der Mechanik aus", ja sogar durch das blosse Hinzudenken eines solchen Zusatzes bekommt auch der letztere Satz einen verständlichen Sinn. Und ebenso würden wir uns auch den Satz Höpfners allenfalls aneignen können, indem wir ihn dahin ummodelten: „Sofern wir nur auf das Rein-Tatsächliche am Verbrechen sehen, ist es nicht Rechtsgüterverletzung, noch Normübertretung, sondern Handlung."

Nicht minder jedoch ist es irrig, die weitere Frage, ob in einem gegebenen Tatbestande Eine oder mehrere Handlungen enthalten seien, nur in gewissen besonderen Fällen aus den Vorschriften des positiven Rechts, im übrigen dagegen aus einem vermeintlich allgemein-gültigen Begriff der „Handlung" heraus beantworten zu wollen. Allerdings besteht ja innerhalb unserer heutigen Rechtswissenschaft eine gewisse Übereinstimmung hinsichtlich dieses Ausdrucks. Sehen wir aber näher zu, so reicht diese Übereinstimmung nicht weiter, als bis zu der Erkenntnis, dass zu jeder Handlung die beiden in § 21, Nr. 1 bereits hervorgehobenen Tatsachen gehören: ein Wollen und ein diesem Wollen entsprechendes äusseres Verhalten. Etwas anders ausgedrückt: „Handlung" im allgemein-juristischen Sinne ist alles, was wir in § 34 als „gewolltes Tun und Unterlassen" gekennzeichnet haben. Unter diesen allgemein-juristischen Begriff von Handlung fällt mithin die geringfügigste Einzelhandlung gerade so gut, wie die umfassendste Gesamthandlung. Und ebendarum sind aus ihm keine oder doch nur ganz minimale Schlussfolgerungen für die uns gegenwärtig interessierende Frage zu ziehen. Sogar der anscheinend selbstverständliche Satz, dass „Handlungseinheit jedenfalls dann gegeben sei, wenn durch eine einheitliche Willensbetätigung ein einheitlicher Erfolg herbeigeführt werde", erscheint bei genauerer Betrachtung als viel zu weit gefasst. Er ist richtig, sofern man unter einer „einheitlichen Willensbetätigung" etwas nach unserer gewöhnlichen Vorstellung

---

Allein einen derartigen Zusatz hat H. nicht nur nicht gemacht, sondern er will ihn auch offenbar gar nicht hinzugedacht haben; denn seine Erörterung gilt dem Wesen des Verbrechens im allgemeinen und soll die Grundlage für die Beantwortung der Frage bilden, was Ein Verbrechen sei. Und gerade im Gegensatze hierzu müssen wir mit aller Entschiedenheit betonen: Jene drei Prädikate des Verbrechens — Verletzung, Normübertretung, Handlung — schliessen sich nicht aus, sondern gehören in Wahrheit stets zusammen; nur wo und soweit das positive Recht das eine oder das andere in bestimmter Weise in den Vordergrund stellt, da müssen auch Rechtswissenschaft und Praxis dieses Prädikat in erster Linie in Betracht ziehen. Nur von diesem letzteren Gesichtspunkte aus halte auch ich es, wenigstens für unser heutiges deutsches Recht, für gerechtfertigt, bei der Frage nach Einheit und Mehrheit der Verbrechen den Begriff der Handlung, genauer der Handlungs-Einheit, zum Ausgangspunkte der Untersuchung zu machen.

schlechthin Einfaches, nicht weiter Zerlegbares versteht: also beispielsweise eine einfache Körperbewegung oder einen nur einen einzigen Gedanken ausdrückenden Ausspruch oder ein gewolltes Unterlassen.[5]) Ja, unter dieser Voraussetzung kommt es sogar auf den einheitlichen Erfolg nicht an; die Handlung an sich bleibt Eine, auch wenn sie zu sehr verschiedenen Erfolgen nach- oder nebeneinander geführt hat.[6]) Allein wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, wo sich irgendwie innerhalb der „einheitlichen Willensbetätigung", von welcher der obige Satz spricht, eine Mehrzahl

---

[5]) Allerdings lassen sich auch selbst solche „einfache Handlungen" in gewissem Sinne noch in Teile zerlegen. So kann man innerhalb der einfachsten, aber willkürlichen Körperbewegung den Willensanstoss, die Erregung der entsprechenden motorischen Nerven und die hieran sich schliessenden Muskelkontraktionen bez. den hierdurch vermittelten äusseren Bewegungsakt unterscheiden; so in dem auch nur Einen Gedanken ausdrückenden Satze nicht bloss die einzelnen Worte, sondern auch die zu deren Aussprechen oder Niederschreiben erforderlichen Zungen- oder Fingerbewegungen usw. Allein einesteils pflegen wir die fraglichen Teilstücke selbst nicht als Handlungen zu bezeichnen; andernteils denken wir im gewöhnlichen Leben — insbesondere auch im Rechtsleben — an alle diese Teilstücke ganz ebensowenig, wie bei dem Begriff der „Sache" an die zahllosen Molekülen oder gar Atome, aus denen sie besteht. Und ebendarum dürfen wir auch bei unserm positiven Rechte eine völlig gleiche Auffassung bezüglich jener im Texte erwähnten „einfachen Handlungen" voraussetzen.

[6]) So stellt z. B. ein beleidigendes Wort gegen eine ganze Nation oder gegen die Armee, gegen den Beamtenstand, gegen die Urheber eines bestimmten Werkes oder auch gegen mehrere mit Namen genannte Personen (sofern diese nur im Zusammenhange miteinander gedacht und genannt werden) stets bloss eine einzige Beleidigungs-Handlung dar, mögen davon noch so viele Einzelne sich getroffen fühlen können. Es würde geradezu als Nonsens erscheinen, hier von einer — eventuell aus Tausenden, ja Millionen bestehenden — Mehrzahl von Handlungen reden zu wollen. Und zwar gilt dies notwendig auch dann, wenn etwa die Beleidigten zum Teil dergestalt verschieden qualifizierte Personen sind, dass danach auch die Art der Beleidigung einen verschiedenen rechtlichen Charakter bekommt; man denke z. B. an eine Beleidigung der Staatsregierung, die gleichzeitig als Beleidigung des Souveräns und der Minister aufzufassen ist oder sich ausdrücklich — durch Nennung beider unmittelbar nebeneinander — als solche gibt. Immer ist es nur die Eine Beleidigungs-Handlung, die sich uns unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, einmal als Majestätsbeleidigung, anderseits als Beleidigung schlechtweg bezw. üble Nachrede oder auch Verleumdung präsentiert.

von Einzelhandlungen oder Willensbetätigungen unterscheiden lassen — wie z. B. bei dem „Flintenschusse, durch den ein Mensch getötet wird", das Ergreifen des Gewehrs, Anlegen, Zielen und Abdrücken —, da trifft jener Satz immer nur unter der Bedingung zu, dass das Interesse im gegebenen Falle auf dem liegt, was alle etwa unterscheidbaren Einzelhandlungen als zusammengehörig, als blosse Glieder Eines Ganzen erscheinen lässt, und nicht vielmehr auf dem, was sie von einander unterscheidet. Wohl wird man zugeben dürfen, dass unsere Gesetze fast überall, wo sie gewisse „Handlungen" verbieten oder gebieten, sich von dem ersteren Interesse leiten lassen und demgemäss die Einzelhandlungen, aus denen sich die komplizierteren, verbotenen oder gebotenen Handlungen zusammensetzen, regelmässig als gleichgültig behandelt wissen wollen. Schon der Gebrauch von Verbalformen, die eine Handlung ausschliesslich nach dem Erfolge charakterisieren, weist hierauf unmissverständlich hin;[7]) ebenso die Verwendung von Wortbildungen, die sprachlich eine

---

[7]) Aus diesem Grunde kommt auch der „Flintenschuss, durch den ein Mensch getötet wird", regelmässig nur als Eine Handlung in Betracht; ja, nach dem in der vorigen Anmerkung Bemerkten gilt dies notwendig auch für den Fall, dass durch denselben Schuss mehrere Personen verletzt oder auch daneben noch Sachen beschädigt sind. Und zwar ist es nicht erst die Schlusshandlung, an die sich unmittelbar die sogenannten Zwischenwirkungen und dann der Erfolg anschliessen, welche uns nötigt, hier eine Handlungseinheit anzunehmen, sondern schon die blosse Vorstellung des Flintenschusses als des einheitlichen Mittels zum Zweck. Daher denn auch da, wo die Schlusshandlung des Abdrückens unterblieben ist, die in der Absicht, zu schiessen, vorgenommenen Einzelhandlungen des Ergreifens und Anlegens des Gewehrs nur als Eine Handlung — wenn auch natürlich nur als Versuchshandlung — aufzufassen sind. Wesentlich ebenso liegt die Sache, wo jemand gegen Eine oder auch gegen mehrere Personen, letzterenfalls aber aus einem einzigen bestimmten Grunde Beleidigungen in Form einer zusammenhängenden mündlichen Rede oder einer Druckschrift richtet. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass ein Vortrag, ein Buch, ein Zeitungsartikel usw. stets und in jeder Beziehung Eine Handlung darstelle. Im Gegenteil, ich halte es für durchaus korrekt, dass das Reichsgericht wiederholt die Möglichkeit mehrerer selbständiger Beleidigungshandlungen in ein und demselben Zeitungsartikel oder Briefe anerkannt hat, sofern nur die Verschiedenartigkeit der Absicht und der räumlichen Trennung der betreffenden Auslassungen dies an die Hand geben.

Mehrheit von Einzelhandlungen als Eine „Handlung“ hinstellen.[8]) Unsere prinzipielle Auffassung der Sache wird aber durch alle derartigen Beobachtungen schliesslich nur bestätigt: Was als Handlungseinheit im Sinne einer anzuwendenden Gesetzesvorschrift anzusehen ist, lässt sich immer nur aus dieser bezw. aus dem ganzen betreffenden Rechte ableiten.[9])

---

[8]) Als Beispiele hierfür nennt v. Liszt (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 54, III, 2 d) die „Nachahmung von Geld“, das „Vornehmen unzüchtiger Handlungen“, die Ausdrücke „Zweikampf“, „Schlägerei“, „Misshandlung“, „Betrieb eines Gewerbes“, „Unternehmen einer Lotterie“ und „manche andere“. Ganz ebenso aber gehören m. E. hierher auch alle die Fälle, in denen ein Gesetz zwei verschiedenartige Handlungen nur in ihrer Verbindung miteinander als strafbare Handlung charakterisiert, wie z. B. Str. G. B. § 147 das „Sich-verschaffen nachgemachten oder gefälschten Geldes“ und „dessen in Verkehr bringen“. Auch erscheint es mir dabei an und für sich gleichgültig, ob die so in eins verbundenen Handlungen, einzeln betrachtet, straflos bleiben (wie dies z. B. bei dem blossen Sich-verschaffen nachgemachten Geldes der Fall sein würde, sofern dies nicht in der Absicht, es in Verkehr zu bringen, geschieht), oder ob sie ohne jene besondere Gesetzesvorschrift je für sich, aber nur mit geringerer Strafe bedroht sind, wie dies bei den sogenannten zusammengesetzten Verbrechen zutrifft. Desgleichen sehe ich keinen Grund, die Fälle, die v. Liszt a. a. O. § 55, II, 4 a und 4 b anreiht, sowie die sogenannten Kollektivdelikte im engeren Sinne streng von den vorgenannten zu sondern.

[9]) Es ist eine seltsame Selbsttäuschung Höpfners, wenn er hierin eine Überschätzung der Bedeutung des Gesetzes erblickt, das nur „bisweilen in gewissem Umfange die Einheit des verbrecherischen Handelns festlege“, gelegentlich auch wohl umgekehrt „Handlungseinheit in Verbrechensmehrheit spalte“, aber in der Regel gar nichts darüber enthalte, „welches rechtswidrige Handeln in seiner Gesamtheit einen Gegenstand der Bestrafung ausmache“ (a. a. O. S. 206 f.), sodass dann nur übrig bleibe, auf die „natürliche Auffassung“, die sich bald an den Erfolg, bald an die unmittelbare sinnliche Anschauung hält (a. a. O. S. 209 ff., 222 ff.), zu rekurrieren. In Wahrheit ist doch auch dieses Zurückgreifen auf natürliche Auffassung, gemeinen Sprachgebrauch und unmittelbar sinnliche Anschauung überall bei Auslegung eines Gesetzes nur gerechtfertigt, weil und soweit wir voraussetzen dürfen, dass das Gesetz selber unter dem Einflusse dieser unwillkürlich wirkenden Faktoren steht. H. sieht nur nicht oder will nicht sehen, wie dieser Einfluss fast überall schon in der Ausdrucksweise der einzelnen Gesetzesvorschriften hervortritt. Ausserdem ignoriert er vollständig die Bedeutung der Analogie für Auslegung und Ergänzung des Rechts, die — trotz Str. G. B. § 2, Abs. 1, der nur eine Mehrung der Straffälle durch Analogie ausschliesst, — auch für das Strafrecht

Will man trotzdem in Fällen, wo Übereinstimmung zwischen der Auffassung des Rechts und dem allgemeinen Sprachgebrauche besteht, von einer natürlichen, in solchen hingegen, wo diese Übereinstimmung fehlt und dennoch das Gesetz eine derartige Handlungseinheit statuiert, schlechtweg von einer gesetzlichen Handlungseinheit sprechen, so ist hiergegen — sofern man diese Unterscheidung nur in dem soeben von uns dargelegten richtigen Sinne versteht — kaum etwas einzuwenden. Ja, sie kann sogar von Nutzen sein, indem sie ausdrücklich auf die Tatsache aufmerksam macht, dass das positive Recht nicht selten auch da eine Mehrheit von Handlungen als Eine Handlung angesehen wissen will, wo dies nicht im Einklang steht mit der Anschauung und dem Sprachgebrauche des Alltagslebens. Aber ein dringendes Bedürfnis

---

in ausgedehntem Maasse möglich und darum eventuell auch geboten ist. Zu welchen bedenklichen Konsequenzen die Verkennung dieser Tatsachen führt, zeigt die Meinung Höpfners über Zuwiderhandlungen gegen Gewerbeordnung § 111, Abs. 2 (a. a. O. S. 207), sowie über das fortgesetzte Verbrechen (S. 252 ff.). Wie H. dazu kommt, in dem Vollzug des gesetzlichen Eintrags in mehrere Arbeitsbücher bloss darum, weil er „in continenti" erfolgt ist, zwar mehrere Verletzungen des Gesetzes, aber an und für sich nur Eine Handlung zu sehen, ist mir völlig unverständlich; der natürlichen Auffassung entspricht vielmehr das Gegenteil, gleichwie wir auch in der in unmittelbarer Folge sich vollziehenden Unterschrift einer Reihe von verschiedenen richterlichen Verfügungen oder königlichen Ernennungsdekreten nicht bloss Eine Handlung, sondern ebensoviele selbständige Handlungen erblicken, als Unterschriften erfolgt sind. Nicht so einfach liegt allerdings die Sache beim „fortgesetzten Verbrechen". Dass dies weder aus dem Wortlaute des § 74 des Str. G. B., noch aus der „natürlichen Auffassung" zu begründen ist, muss zugegeben werden. Allein eine andere Frage ist es, ob dessen Annahme nicht durch Anwendung einer Gesetzesanalogie, namentlich im Zusammenhange mit der Geschichte des Strafrechts sich begründen lässt. Es würde zu weit führen, diese Frage hier erledigen zu wollen. Nur das Eine glaube ich betonen zu dürfen: Die Zulässigkeit einer einfachen Strafe für eine Mehrheit von Handlungen scheint mir auf dem Boden des bestehenden Rechts nur haltbar, sofern es möglich ist, diese mehreren Handlungen zu einer Handlungs-Einheit zusammenzufassen und diese Einheit als gegebenenfalls vom Gesetze vorausgesetzt anzunehmen. Die nähere Ausführung seiner entgegengesetzten Ansicht hat sich H. freilich für den zweiten Band vorbehalten; aber nach dem, was er hierüber angedeutet hat, kann ich nicht hoffen, über den letztberührten Punkt eines Bessern belehrt zu werden, so beachtenswert auch vielleicht seine Ausführungen für die zukünftige Gesetzgebung sind.

für die Unterscheidung oder gar für die genaue Bestimmung der Grenzen zwischen natürlicher und gesetzlicher Handlungseinheit vermag ich nicht zu erkennen. Ein „zusammengesetztes Verbrechen", wie Raub oder Notzucht, desgl. ein Einbruchsdiebstahl oder ein Bankerott wird dem Manne aus dem Volke nicht weniger als Eine Handlung erscheinen, wie die schwere Körperverletzung eines Menschen durch mehrere Dolchstiche, die Beschädigung eines Kunstwerkes durch eine Reihe von Zerstörungshandlungen oder gar das Unternehmen einer Lotterie.

4. Eine ganz ähnliche Vorstellungsbildung, genauer gesagt, die durch unser Denken vollzogene Verbindung einer Mehrheit von Einzelhandlungen, und zwar nicht von Einzelhandlungen einer und derselben Person, sondern mindestens teilweise von Handlungen mehrerer Menschen zu einer einzigen Handlungseinheit liegt dem juristischen, speziell strafrechtlichen Begriffe der Teilnahme im engern Sinne zu Grunde. Dabei pflegen wir zwei Arten von Fällen zu unterscheiden. Das eine Mal — bei der sogenannten Mittäterschaft — rechnen wir die ganze Handlung als solche jeder der mehreren Personen zu. Das andere Mal — bei Anstiftung und Beihülfe, wenn auch bei jeder in verschiedener Weise — fassen wir die Gesamthandlung in erster Linie nur als Handlung der Einen Person und entsprechend die Handlung der andern nur als Anteil an einer fremden Handlung auf.

Freilich herrscht noch längst keine volle Übereinstimmung über den genaueren Inhalt jener genannten Begriffe, selbst nicht auf dem Boden eines einzelnen sie ausdrücklich anerkennenden Rechts, insbesondere unseres deutschen Reichsstrafrechts. Und gerade hieraus erklärt sich wohl zum Teil die eigentümliche Reaktion, die neuerdings in der Lehre von der „Teilnahme" — namentlich bei der sogenannten modernen Kriminalistenschule — hervorgetreten ist. Allein indem diese so weit geht, sogar den Begriff der „Teilnahme Mehrerer an Einem Verbrechen" und entsprechend natürlich auch die technische Unterscheidung zwischen Mittäterschaft, Beihülfe und Anstiftung geradezu zu verwerfen, verkennt sie vollständig, dass es sich bei diesen Begriffen doch nicht bloss um künstliche Bildungen ausschliesslich zum Zwecke des Strafrechts handelt, sondern nur um Anwendung von Begriffen, die

der Sache nach auf allen möglichen Gebieten gebraucht werden, ja bei näherer Betrachtung uns ganz unentbehrlich sind.

Allerdings ist es nicht schlechthin unmöglich, die Handlungen verschiedener Personen, die wir dem geltenden Rechte gemäss als „Teilnahme" an einer fremden oder an einer gemeinsamen Handlung zu charakterisieren gewohnt sind, in unseren Gedanken zu trennen. Aber es ist eine seltsame Selbsttäuschung, wenn man meint, dies entspreche der einfachen, natürlichen Auffassung der Dinge. Das gerade Gegenteil ist wahr: überall, wo sich irgend dazu Gelegenheit bietet, kennzeichnen wir auch im gewöhnlichen Leben das Handeln einer Person bald als ein Handeln in Gemeinschaft mit andern, als ein „Mittun", bald als Anstiftung oder Anregung, Hülfe oder Unterstützung zu einem fremden Unternehmen. Und was noch wichtiger ist: Nur durch die hierin angedeutete Berücksichtigung der verschiedenartigen Beziehungen, in denen die Handlungen mehrerer Menschen zu einander stehen, werden wir der Bedeutung der Einzelhandlungen gerecht. Denn der eigentümliche Zweck und damit überhaupt der ganze Charakter einer einzelnen Handlung stellt sich als ein wesentlich anderer dar, je nachdem er als ein isolierter oder als ein mehr oder weniger mit Handlungen Anderer verknüpfter angesehen wird.

Fassen wir zunächst das Verhältnis zwischen der Anstiftung und dem Handeln des Angestifteten ins Auge, das insofern die einfachste Beziehung von Handlungen verschiedener Personen aufeinander vorstellt, als hierbei die Handlungen der beiden Beteiligten sich schon äusserlich und namentlich zeitlich scharf voneinander abheben. Der Angriff der modernen Schule richtet sich in diesem Falle speziell gegen die Auffassung der Anstiftung als einer eigentümlichen Art der Teilnahme an der Handlung des Angestifteten; sie soll ersetzt werden durch die intellektuelle Urheberschaft, die nach dem Reichsstrafgesetzbuche scheinbar beschränkt ist auf die Benutzung eines unzurechnungsfähigen oder nicht-wissenden Andern als blossen Werkzeuges. Indessen, wie wir schon in § 33, Nr. 7 gezeigt haben, bilden diese beiden Auffassungen nicht sowohl Gegensätze, als vielmehr Ergänzungen zueinander. In der ersteren erscheint die Anstiftung als „causa causae", in der zweiten als mittelbare „causa causati".

Die Beteiligung mehrerer Personen an Einer Handlung — an der Handlung der Mittelsperson — wird in beiden Fällen vorausgesetzt. Der Unterschied der beiden Auffassungen besteht nur darin, dass diese Handlung, ausser als Tätigkeit der Mittelsperson, in dem einen Falle als vorläufiges Ziel für das Handeln des Anstifters, in dem andern dagegen als ein blosses Stück auch seines Handelns, als blosses Mittel für einen weiteren Zweck auftritt. Es kann sich also höchstens fragen, ob unsere Gesetzgebung wohl daran getan hat, auf eine durchaus einheitliche Behandlung aller Arten intellektueller Urheberschaft (von Einem oder beiden der angegebenen Gesichtspunkte aus) zu verzichten und statt dessen nur eine grosse Gruppe der hierzu gehörigen Fälle unter der Firma der „Anstiftung" herauszuheben, während sie die Berücksichtigung der übrigen als „mittelbare Täterschaft" der Wissenschaft überliess. Aber bei näherer Betrachtung lässt sich doch auch dies in gewisser Weise rechtfertigen: nämlich aus der Praxis des täglichen Lebens, sowie aus der einfachen Überlegung, dass je nach dem innern Anteil, den die Mittelsperson an ihrem äusseren Tun hat, entweder ihre Handlung als Hauptsache in den Vordergrund gerückt oder vielmehr nur als Nebensache neben der Tat dessen behandelt wird, der sich ihrer als Mittel zur Erreichung seiner Zwecke bediente. Wenn ich z. B. einen Freund bestimme, über ein ihm gegebenes Thema eine Rede zu halten oder ein Buch zu schreiben, so wird es niemand einfallen, mich als mittelbaren Autor zu bezeichnen; auch dann nicht, wenn mir zweifellos das Verdienst zukommt, durch meine Einwirkung eine Tätigkeit hervorgerufen zu haben, die sonst unterblieben wäre. Umgekehrt reden wir da, wo jemand einen Andern zu Einer Handlung veranlasst, deren Tragweite dieser selbst gar nicht zu übersehen vermag, regelmässig bloss von der Tat des Veranlassers und zwar mit direkter Beziehung auf den von ihm beabsichtigten, aber mittelst der Tätigkeit des Andern herbeigeführten Erfolg. Damit ist nicht gesagt, dass die vermittelnde Tätigkeit überhaupt gar keine selbständige Beachtung als Tätigkeit jener andern Person verdiene; ob oder wieweit ihr solche zuzusprechen, ist nur eine Frage für sich. Die Anwendung der vorstehenden Beobachtungen auf die Anstiftung und mittelbare Täterschaft im Sinne unsers heutigen Reichsstrafrechts ergibt sich

von selbst. Freilich ist diese Anwendung in unserm Strafgesetzbuche nur in der Einen Richtung ausdrücklich gemacht, und auch dies nur in einer den Begriff der Anstiftung unnötig beschränkenden Weise. Aber für die mittelbare Täterschaft war allenfalls eine besondere Vorschrift entbehrlich, da mit diesem Begriffe die wesentliche Gleichbehandlung mit andern Formen der Täterschaft bereits gegeben ist.

Von dem „Anstifter" unterscheidet sich der „Mittäter" dadurch, dass er sich nicht begnügt, den Andern zu einem gewissen Handeln zu bestimmen, sondern mit diesem Andern dergestalt zusammenwirkt, dass die von beiden vorgenommenen Handlungen als Ein Ganzes, als gemeinschaftliche Ausführung eines von beiden gefassten Planes sich darstellen. Von wem dieser Plan ausging, ist gleichgültig; auch wo der eine Teil den Plan zunächst vollständig ausgearbeitet und fertig dem andern zur Annahme unterbreitet hat, tritt diese Tatsache zurück vor der Erwägung, dass er ein Plan für gemeinsames Handeln sein soll, sofern er auch nur im letzten Momente als solcher von den Beteiligten ergriffen worden ist. Anderseits genügt zur Annahme einer Mittäterschaft schon eine äusserlich ganz minimale Beteiligung an der Ausführung des gemeinsamen Planes, insbesondere auch durch Handlungen, die an und für sich gar nicht als Ursachen oder auch nur als notwendige Bedingungen des Erfolgs betrachtet werden können. Gerade hierin besteht die praktische Bedeutung des Begriffs der Mittäterschaft, wenigstens nach der vom Reichsgerichte adoptierten „subjektivistischen" Theorie, die ich in der Hauptsache für wohlbegründet erachte.

Es liegt auf der Hand, dass diese subjektivistische Auffassung der Mittäterschaft auch eine entsprechende Auffassung der „Beihülfe" fordert. Wenn das Maass der äusseren Beteiligung — bis auf das erwähnte Minimum — für die Annahme einer Mittäterschaft irrelevant ist, so kann es auch kein Unterscheidungsmerkmal zwischen Mittäterschaft und Beihülfe abgeben. Aber es bedarf auch eines solchen äusseren Unterscheidungsmerkmals gar nicht; die Verschiedenheit der inneren Stellung zur Tat ist gross genug, um im allgemeinen scharf zwischen Mittätern und Gehülfen zu unterscheiden. Während der Mittäter die Tat als gemeinsame —

also ihn unmittelbar mit angehende — will und verfolgt und demgemäss sich auch verantwortlich weiss für die Tat als Ganzes, will der Gehülfe nur eine fremde Tat unterstützen, für die er an und für sich nicht verantwortlich sich fühlt; und ebendarum stellen sich die zu solchem Zwecke vorgenommenen Handlungen, so wichtig sie auch für den Eintritt des Erfolgs sein mögen, nicht als eigentliche Ausführungshandlungen, sondern nur als Hülfeleistung zur Ausführung dar.

Wir müssen hier darauf verzichten, eine möglichst vollständige Begründung der subjektivistischen Theorie zu geben. Nur auf einige für ihre günstige Beurteilung bedeutsame Gesichtspunkte möchte ich hinweisen.

Fürs erste darf diese Theorie, wie jede von einer nicht geringen Zahl angesehener Gelehrter und Praktiker vertretene, den Anspruch erheben, nicht willkürlich, sondern mit einem gewissen entgegenkommenden Verständnis ausgedeutet zu werden. Dies geschieht jedoch nicht, wenn man sich und andern vorredet, „die subjektive Theorie scheitere rettungslos daran, dass sie den, der „„mit sich unterordnendem Willen““ die Haupthandlung (etwa die Tötung) begeht, als Gehülfen betrachten muss, während sie anderseits beim Komplott, da hier jede Mitwirkung Täterschaft begründet, den Begriff der Beihülfe überhaupt aufhebt.“ [10]) Wo jemand die „Haupthandlung“ selbst vornimmt, da kann er natürlich nicht damit sich entschuldigen, dass er dem Andern nur zu dieser Handlung habe Hülfe leisten wollen; ging sein Vorsatz ursprünglich wirklich nicht weiter, so hat sich derselbe eben schliesslich geändert. Denn Selbstvollzug einer Tat ist niemals blosse Hülfeleistung zu der Tat, auch nicht vom rein subjektiven Standpunkte aus; wo der Täter das Gegenteil behauptet, ist er entweder verrückt oder ein Schwindler. Dagegen ist allerdings richtig, dass nach der subjektivistischen Theorie beim Komplott — sofern man hierunter ausschliesslich die Verabredung zu einem gemeinschaftlichen Handeln, nicht auch die Verabredung einer blossen Hülfeleistung zu fremdem Handeln versteht — immer nur von Mittäterschaft, nicht von Beihülfe die Rede sein kann. Nur sehe ich schlechterdings nicht ein,

[10]) So v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, § 50, Anm. 8 a. E.

warum dadurch der Begriff der Beihülfe aufgehoben werden soll; er ist nur in diesem Falle, genauer gesagt, auf die Komplottanten selbst nicht anwendbar. Neben den Komplottanten sind aber sehr wohl auch noch Gehülfen denkbar.

Zum zweiten liefert schon die blosse Existenz des § 47 in unserm Reichsstrafgesetzbuche ein m. E. genügendes Zeugnis dafür, dass dies Gesetzbuch auf dem Boden der subjektivistischen oder mindestens nicht der rein-objektivistischen Theorie steht. Einmal ist klar, dass von einer Auffassung aus, nach welcher auch zur Mittäterschaft notwendig die Setzung einer Ursache (Mitursache) des Erfolgs durch eine eigene Handlung gehört, eine besondere Gesetzesvorschrift, wie die in § 47 enthaltene, von vornherein als überflüssig erscheinen musste.[11]) Es spricht also schon darum eine starke Vermutung dafür, dass man bei der Aufnahme dieser

---

[11]) Dies gilt insbesondere auch von denjenigen Verbrechensfällen, die Birkmeyer (Lehre von der Teilnahme, S. 102 f.) als Beispiele der Mittäterschaft vorführt. Wenn „A und B dem C seinen feuerfesten Geldschrank oder sein Pianino davontragen", so kann die Täterschaft beider — auch wenn es an jeder Bestimmung über Mittäterschaft fehlte — nicht zweifelhaft sein. Einen Beweis hierfür, aber auch nur hierfür, bietet schon die von Birkmeyer citierte Deduktion Ulpians: „Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, omnes eos furti in solidum teneri." Nicht anders steht es in den andern von Birkmeyer angeführten Fällen. D und E, die „sich in die Ausführung der Vergiftung des F dergestalt teilen, dass jeder von ihnen dem F eine Dosis Gift reicht, die für sich allein nicht im stande wäre, den Erfolg des Todes hervorzubringen", würden auch ohne jede Bestimmung über Mittäterschaft als Täter strafbar sein, weil jeder von ihnen darauf rechnete, dass seine Dosis nach Lage der Dinge — d. h. in diesem Falle mit Rücksicht auf die von dem Andern beigebrachte oder noch beizubringende Dosis — genügen würde, den gewünschten Erfolg herbeizuführen . . . Dass das Reichsstrafgesetzbuch in seinem § 47 mit einer Teilbarkeit des Erfolgs operiere, wie Birkmeyer mit Buri annimmt, vermag ich aus jener Vorschrift schlechterdings nicht herauszulesen. Eher könnte man sagen, der § 47 gehe aus von einer Teilbarkeit der „strafbaren Handlung", d. h. der strafbaren Summe von Handlungen, die im Hinblick auf den Einen und unteilbaren, aber von Mehreren gemeinschaftlich erstrebten Erfolg als Eine strafbare Handlung aufgefasst werde. Doch gleichviel; für die von Birkmeyer vorgeführten Fälle bedarf es überhaupt keiner besondern Konstruktion, um A und B, D und E gleichmässig als Täter zu behandeln: einfach darum nicht, weil hier die Ursachlichkeit des Handelns jedes Einzelnen ausser Zweifel steht.

Bestimmung von einer andern Auffassung ausging. Vor allem aber kann von „gemeinschaftlicher Ausführung Einer Handlung" seitens mehrerer Personen vernünftigerweise immer bloss die Rede sein, wenn diese mehreren Personen die fragliche Handlung, die sich äusserlich aus einer Anzahl von Handlungen der Einzelnen zusammensetzt, in ihrer eigenen Vorstellung als gemeinschaftliche erfassen und entsprechend ausführen wollen. Wo den Beteiligten selbst diese Vorstellung — der Sache nach — fremd ist, da heisst es den wahren Sachverhalt willkürlich entstellen, wenn man trotzdem von einem gemeinschaftlichen Handeln spricht. Umgekehrt genügt jene Vorstellung der Beteiligten von ihrem Handeln, um dasselbe auch für Andere in diesem Lichte erscheinen zu lassen. Es ist schlechterdings nicht abzusehen, woher ein Dritter das Recht ableiten könnte, die von den Beteiligten angenommene Gemeinschaftlichkeit zu bestreiten, sofern sich diese Auffassung nur irgend noch mit der Natur der fraglichen Handlung verträgt.[12])

[12]) Zweifelhafter mag es auf den ersten Anblick scheinen, ob nicht der § 830 des B. G. B. von einem anderen Standpunkte ausgeht. Indessen glaube ich auch dies verneinen zu sollen. M. E. ist der Gedankengang in dem citierten § 830 folgender. Der erste Satz: „Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich", entspricht genau dem § 47 des Str. G. B., handelt also ausschliesslich von „Mittätern". Der zweite Satz, nach welchem „das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat", bezieht sich auf Fälle, in denen von Verursachung des Schadens durch eine wahrhaft gemeinschaftliche Handlung und demgemäss von wahrer Mittäterschaft nicht oder wenigstens nicht mit Sicherheit gesprochen werden kann, weil das Zusammenwirken der „Beteiligten" sich als ein mehr oder weniger zufälliges darstellt. Dafür spricht insbesondere auch der unbestimmtere Ausdruck „Beteiligte" statt „Teilnehmer". Der dritte Satz endlich enthält eine Ergänzung zu den beiden ersten zugleich: „Anstifter und Gehülfen stehen Mittätern (und damit eventuell auch den verantwortlichen „Beteiligten" im Sinne des zweiten Satzes) gleich." Nach dieser m. E. einzig natürlichen Auslegung ist gar kein Grund vorhanden, für das B. G. B. eine vom Strafgesetzbuch abweichende Auffassung der Mittäterschaft und Beihülfe anzunehmen. Am allerwenigsten darf man die Gleichstellung der Anstifter und Gehülfen mit den Mittätern als eine Verwerfung dieser Unterscheidungen selbst ausdeuten. Das gerade Gegenteil trifft zu: Die ausdrückliche Gleichstellung in dem letzten Absatze des § 830 bedeutet nicht nur keine Negation, sondern eine ausdrückliche Anerkennung der genannten Begriffe.

Und damit kommen wir sogleich zu einer dritten besonders wichtigen Erwägung. Die subjektivistische Theorie lässt sich zurückführen auf eine allgemeine psychologische Erfahrung, auf eine zwiefache Gestaltung der auf ein Zusammenhandeln mit Andern gerichteten Willensentschlüsse, wie sie uns zur Herausarbeitung entsprechender Begriffe nötigen müsste, wenn uns solche nicht bereits in den Begriffen „Mittäterschaft“ und „Beihülfe“ gegeben wären. Um sich dieser Erfahrung zu vergewissern, ohne dabei den fortwährenden Einfluss doktrinärer Vorurteile bekämpfen zu müssen, sehen wir an erster Stelle wiederum ganz vom Strafrecht, ja vom Unrecht überhaupt ab, indem wir konstatieren, dass genau der gleiche Unterschied im Zusammenwirken Mehrerer zu einem bestimmten Zwecke auch dann sich beobachten lässt, wenn dieser Zweck ein rechtlich erlaubter oder indifferenter ist. In dem einen Falle ist der Wille der mehreren Personen auf jenen bestimmten Zweck als auf einen gemeinsamen, von allen gleichmässig erstrebten gerichtet; in dem zweiten Falle dagegen erscheint jener Zweck bei näherer Betrachtung als ein für die Beteiligten verschieden gearteter: was für den Einen Teil Selbstzweck ist, stellt sich vom Standpunkte des andern Teils höchstens als mittelbarer und durchaus bedingter (von dem Willen des ersteren Teils abhängiger) dar. Niemand wird z. B. bestreiten können, dass ein ganz wesentlicher Unterschied besteht, ob jemand mit einem Andern zusammen als Verfasser eines Buches, eines Schauspiels oder irgend eines andern Werkes angesehen werden will, oder ob er nur dem Andern zum Zustandekommen seines Werkes förderlich zu sein sich bemüht. Im ersteren Falle ist sein Handeln sozusagen rein egoistisch motiviert, mag das „Ich“ auch ein mehrfaches sein; in dem letzteren handelt er wesentlich altruistisch. Daran wird auch nichts durch den Umstand geändert, dass etwa im letzteren Falle die Bedeutung seiner tatsächlichen Leistung grösser ist, als die reelle Leistung des Andern.

Nur eine — schon oben angedeutete — Voraussetzung müssen wir bei alledem machen: Sowohl von einem gemeinsamen Handeln, als von einer Beistandleistung zu fremdem Handeln kann natürlich immer nur gesprochen werden, wenn die besondere Natur der Handlung eine entsprechende Auffassung seitens der Beteiligten

selbst ermöglicht. So können wohl mehrere Personen den gemeinsamen Beschluss fassen, etwas zu unterlassen, aber von einer gemeinschaftlichen Ausführung dieses Beschlusses oder m. a. W. von einer gemeinschaftlichen Unterlassung zu sprechen, hat gar keinen Sinn; noch weniger kann von Beihülfe zu einer Unterlassung die Rede sein. Und dass jene besondere Natur der Handlung auch innerhalb des weiten Gebietes des Tuns nicht übersehen werden darf, dafür haben wir schon oben ein Beispiel vorgeführt: der Selbstvollzug einer Handlung kann niemals blosse Hülfeleistung zu dieser Handlung sein, auch nicht, wenn der Handelnde ursprünglich bloss eine solche beabsichtigte und sich im weiteren Verlaufe der Dinge der Änderung seiner Stellung kaum bewusst worden ist. Vor allem aber müssen wir noch darauf hinweisen, dass auch für die Annahme einer Mittäterschaft bezüglich einer gewissen positiven Handlung der besondere Charakter dieser Handlung nicht ausser Acht gelassen werden darf. Namentlich wird hier von Bedeutung die Unterscheidung, die wir bereits in § 33, Nr. 2 hervorgehoben haben: Die Möglichkeit, sich ein gewisses Tun als gemeinschaftliche Handlung Mehrerer vorzustellen und zur Durchführung zu bringen, gestaltet sich wesentlich verschieden, je nachdem man bei diesem Tun bloss an das äusserlich sichtbare Verhalten der Handelnden oder vielmehr an die Erreichung eines bestimmten Zieles oder Erfolges denkt. So unpassend und irreführend es wäre, die einzelnen Körperbewegungen mehrerer Menschen oder m. a. W. deren Tätigkeiten an sich nicht bloss gelegentlich als gleichartige und gleichzeitige, sondern mit Rücksicht auf diese Eigenschaften zugleich als gemeinschaftliche Handlungen dieser Menschen zu bezeichnen, so natürlich und ungezwungen erscheint ihre Auffassung als Glieder Einer gemeinschaftlichen Handlung (Gesamthandlung), an welcher die Einzelnen trotz aller etwaigen Verschiedenheit ihrer Einzelhandlungen vermöge der Richtung ihres Willens auf das als gemeinsam erfasste Ziel wesentlich gleich beteiligt sind. Selbstverständlich beruht auch diese Gemeinschaftlichkeit einer Handlung, wie überhaupt die Annahme einer Gesamthandlung ausschliesslich auf der Vorstellung der Beteiligten. Aber durch diese Vorstellung bekommen doch die Entschliessungen und damit auch die daraus hervorgehenden

äusseren Handlungen der beteiligten Einzelnen ihren eigenartigen Charakter: Sie wollen nicht je für sich allein, sondern eben als zusammengehörige Bestandteile der Einen Gesamthandlung aufgefasst und beurteilt sein dergestalt, dass diese Handlung in ihrer Totalität allen zusammen, also auch grundsätzlich jedem Teilnehmer in gleicher Weise, — als Verdienst oder als Schuld — zugerechnet wird. Und hiermit kommen wir wieder auf den Punkt zurück, von dem wir oben — bei der Zurückweisung der Angriffe der modernen Kriminalistenschule — ausgegangen sind: auf die Unmöglichkeit, das Handeln des Einzelnen vollständig zu erfassen und zu beurteilen, ohne zugleich auf die Verschiedenartigkeit der Beziehungen zum Handeln Anderer Bedacht zu nehmen, wie sie in der Lehre von der Teilnahme und vor allem in der subjektivistischen Auffassung der Mittäterschaft und Beihülfe einen gewissen typischen Ausdruck gefunden hat. (Über die Konsequenzen der vorstehenden Betrachtung für die Schuldzurechnung s. unten § 43, Nr. 9.)

§ 36.

Alles äussere Verhalten von Menschen erscheint uns endlich auch als ein örtlich und zeitlich bestimmtes.

Hierbei ist jedoch zu unterscheiden zwischen der einfachen oder natürlichen Orts- und Zeitbestimmung und einer mehr oder minder künstlichen oder modifizierten.

Die erstere erfolgt unmittelbar und ausschliesslich nach den allgemeinen Anschauungen von Raum und Zeit, nach welchen wir überhaupt — im gemeinen Leben, wie in der Wissenschaft — die ganze Fülle unserer äusseren und inneren Wahrnehmungen in ein geordnetes System zu bringen wissen.

Dagegen beruht die künstliche oder modifizierte Orts- und Zeitbestimmung auf dem Bedürfnis, entweder an Stelle der zunächst sich darbietenden Bestimmung eine bequemer zu handhabende zu setzen oder doch aus einer grösseren Zahl von Orts- und Zeitbestimmungen, die sich für ein gewisses Tun oder Unterlassen als möglich ergeben, eine einzelne als für das fragliche Verhalten charakteristisch herauszuheben. Sie ist deshalb wesentlich vom Gesichtspunkte des Zweckes aus zu

vollziehen, dem jene Abänderung oder Auswahl dienen soll. Ist dies ein Rechtszweck, so ist damit von selbst die Notwendigkeit gegeben, die Regeln für eine solche Orts- und Zeitbestimmung in dem betreffenden positiven Rechte zu suchen.

1. Es liegt mir natürlich fern, tiefsinnige Betrachtungen anstellen zu wollen über das eigentliche Wesen von Raum und Zeit. Nicht als wenn ich mich scheute, überhaupt eine Meinung darüber zu haben und auszusprechen: ich bekenne mich in der Hauptsache offen zu der Lehre Kants, wie sie von hervorragenden Vertretern der verschiedensten Wissenschaftsgebiete mehr und mehr anerkannt wird. Aber für die Lösung unsrer gegenwärtigen Aufgabe kann uns ein Eingehen auf derartige metaphysische oder erkenntnis-theoretische Fragen schlechterdings nichts helfen. Denn überall, wo es einer konkreten Orts- oder Zeitbestimmung gilt, dürfen wir nicht nur, sondern müssen geradezu an die tatsächlich allgemeine Raum- und Zeitanschauung, sowie an die hierauf beruhenden praktischen Grundsätze uns halten, die wir als jedem erwachsenen, normal entwickelten Menschen aus der Erfahrung bekannt voraussetzen können.

Auch die in den vorangestellten Textsätzen gemachte Unterscheidung zwischen einer natürlichen und einer modifizierten Orts- und Zeitbestimmung steht durchaus auf diesem Boden. Nur die Anwendung jener allgemeinen Grundsätze auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen ist danach eine verschiedene. In dem einen Falle erstreckt sich die Anwendung beliebig auf alles, was an dem betreffenden Tun oder Unterlassen überhaupt örtlich und zeitlich bestimmbar ist; in dem andern beschränkt sie sich auf einzelne hervorragende Momente innerhalb dieses Tuns oder Unterlassens, und zwar mit der Maassgabe, dass die örtliche oder zeitliche Bestimmung dieser Momente kurzweg als örtliche oder zeitliche Bestimmung des ganzen Tuns oder Unterlassens aufgefasst wird. Um jedoch Sinn und Bedeutung unsrer Unterscheidung und insbesondere auch die Konsequenzen, die sich daraus für die Rechtswissenschaft und die juristische Praxis ergeben, noch besser klar zu legen, dürfte es zweckmässig sein, Ortsbestimmung und Zeitbestimmung je für sich zu behandeln. Wir beginnen mit der letzteren.

2. Wenn die Wissenschaft einen nur momentanen Vorgang, z. B. den Eintritt eines Sterns in den Meridian eines Ortes, zeitlich bestimmen will, so erfolgt diese Bestimmung regelmässig durch Bezeichnung eines einzigen Zeitpunktes auf Grund einer allgemein angenommenen Zeitrechnung (Sternenzeit, mittlerer Sonnenzeit usw.). Handelt es sich umgekehrt um eine Erscheinung von längerer oder auch nur kürzerer Dauer, so ergibt sich die Notwendigkeit, für alle irgend beachtenswerten Einzelmomente in entsprechender Weise besonders den Zeitpunkt festzustellen; die Dauer der ganzen Erscheinung oder auch eines Teils derselben wird dann durch die Angabe des Anfangs- und Endpunktes oder durch Berechnung der dazwischen liegenden Zeitstrecke bestimmt.

Die gleichen Grundsätze befolgen wir im allgemeinen auch im gewöhnlichen Leben, namentlich wo es auf grössere Genauigkeit der Zeitbestimmungen ankommt. So bestimmen wir den Zeitpunkt, in welchem ein Eisenbahnzug abgehen soll, nach Stunde und Minute; so den Aufenthalt auf einer Station entweder durch gleichzeitige Angabe des Ankunfts- und Abgangstermins oder durch Bezeichnung des dazwischen liegenden Zeitraumes. Aber freilich ist das Maass von Genauigkeit, dessen wir für die Zwecke des gewöhnlichen Lebens bedürfen, ein äusserst verschiedenes. In zahlreichen Fällen genügt uns schon die Kennzeichnung eines längeren Zeitabschnittes, z. B. eines bestimmten Tages, unter Umständen sogar die blosse Bestimmung des Monats oder Jahres, in welche das uns interessierende Ereignis hineinfällt. Von einer Todesanzeige z. B. werden wir in dieser Beziehung regelmässig nicht mehr verlangen, als dass sie uns den Tag des Todes und etwa noch das Lebensjahr nennt, darin der Verstorbene stand.

Selbstverständlich gilt das soeben Bemerkte auch für juristische Tatsachen. So ist der Eintritt des Todes einer Person stets auch eine juristische Tatsache, sofern sich wichtige Rechtsfolgen daran zu knüpfen pflegen; ob aber zu deren Zeitbestimmung die Feststellung des Todestages ausreicht oder — z. B. mit Rücksicht auf den am gleichen Tage erfolgten Todesfall eines als Erbe oder Erblasser in Frage kommenden Verwandten — eine genauere Bestimmung nach Stunde und Minute notwendig erscheint, hängt ganz von

den Umständen ab. Auch speziell an Rechtshandlungen und Delikten lassen sich derartige Beobachtungen machen. Anderseits ist jedoch nicht zu verkennen, dass die besonderen Bedürfnisse des Rechtslebens und der juristischsn Technik gelegentlich zu gewissen eigentümlichen Modifikationen führen.

Es sind insbesondere zwei Arten von Rechtsvorschriften, bei deren Anwendung wir diese Wahrnehmung machen:

I. die zahlreichen Bestimmungen, durch welche an den Eintritt einer gewissen Tatsache der Beginn einer Frist (Verjährungsfrist, Antragsfrist usw.) geknüpft wird;

II. die Vorschriften über den Termin des Inkrafttretens eines Gesetzes oder sonstwelches Rechtsgeschäfts.

Und wiederum sind es vor allem zwei Hauptgründe, aus denen sich hier die Notwendigkeit oder wenigstens Zweckmässigkeit der angedeuteten Modifikationen ergibt, die uns veranlassen, von einer künstlichen Zeitbestimmung zu reden. Einmal entspricht es einem zweifellosen praktischen Bedürfnis, den Beginn einer Rechtsfrist oder der Verbindlichkeit einer Rechtsnorm genau von dem Anfangs- oder Endpunkte eines konstanten Zeitabschnitts — z. B. Tages oder Jahres — zu datieren. Anderseits widerstrebt es unserm natürlichen Gefühle und dementsprechend auch unserm Sprachgebrauche, ein äusseres Verhalten eines Menschen, das wir wesentlich als ein durch eine einzige Folge-Erscheinung charakterisiertes denken, zeitlich durch Angabe eines doppelten Zeitpunktes — der Körperbewegung und des Erfolgseintritts — zu bestimmen. Von dem ersteren Gesichtspunkte aus gelangen wir fast unwillkürlich dahin, den Zeitpunkt des sachlich maassgebenden Ereignisses mit dem Anfangs- oder Endpunkte des Zeitabschnitts, in welchen dieses Ereigniss fällt, gewissermaassen zu identifizieren; von dem andern Gesichtspunkte aus sehen wir uns veranlasst, einen einzigen Zeitpunkt herauszugreifen und schlechtweg als den Zeitpunkt der ganzen Tat hinzustellen.[1])

[1]) In beiden Fällen ersetzen wir also die einfache, natürliche Zeitbestimmnng durch eine mehr oder weniger willkürliche, künstliche. Der Unterschied zwischen ihnen aber besteht darin, dass im ersten Falle an Stelle des durch einen gewissen äusseren Vorgang gegebenen Zeitpunktes mit vollem Bewusstsein ein anderer, nämlich Anfang oder Ende eines zunächst konventionell

In welchen Fällen und in welcher Weise eine derartige künstliche oder modifizierte Zeitbestimmung Platz greifen soll, hängt natürlich vollständig von dem positiven Rechte ab, welchem die zuerst gedachten Vorschriften über Fristen und Termine

---

bestimmten Zeitabschnitts (Tages, Monats, Jahres) gesetzt wird, in welchen jener Zeitpunkt bloss hineinfällt, während in dem zweiten Falle ein besonders in die Augen fallender Zeitpunkt innerhalb des Vorganges selbst — meist der Anfangs- oder Endpunkt — kurzweg als Zeitpunkt des ganzen Vorgangs aufgefasst wird. Einer besonderen Erläuterung des ersteren Verfahrens, im Gegensatze zu der natürlichen Zeitbestimmung bei der sogenannten Berechnung von Moment zu Moment, wird es nicht bedürfen. Dagegen ist es vielleicht nicht ganz überflüssig, bezüglich des an zweiter Stelle gekennzeichneten Verfahrens auf den Gegensatz zu der gewöhnlichen und natürlichen Behandlung der Dinge nachdrücklich hinzuweisen. Nehmen wir ein Beispiel: A hat in mörderischer Absicht auf den B geschossen am 1. Mai; B ist schwer verwundet, stirbt aber erst am 10. Mai. Es wird hier niemand einfallen zu sagen: A hat den B getötet „in der Zeit vom 1. bis 10. Mai" oder genauer „die Zeit vom 1. bis 10. Mai hindurch". Die Angabe einer derartigen Zeitstrecke nach Anfangs- und Endpunkt oder auch durch Hervorhebung aller bemerkenswerter Einzelakte innerhalb der ganzen Strecke erscheint uns wohl angezeigt, wo sich das äussere Verhalten eines Menschen selbst als ein längere Zeit dauerndes oder fortgesetztes charakterisiert; aber sie passt schlechterdings nicht auf Fälle, in denen das menschliche Tun oder Unterlassen an sich als ein fast nur momentanes sich darstellt und bloss der damit beabsichtigte und herbeigeführte Erfolg einer spätern Zeit angehört. Wenn wir trotzdem kein Bedenken tragen, zu fragen: Wann hat A den B getötet? so denken wir bei dem Wörtchen „Wann" regelmässig blos an einen einzigen bestimmten Zeitpunkt. Anderseits ist nicht minder klar, dass diese Frage vom Standpunkte einer streng natürlichen Auffassung ebenfalls nicht richtig zu beantworten, sondern — als eine falsch gestellte — abzulehnen wäre. Man darf zweifellos fragen: 1. Wann hat der A die und die Handlungen vorgenommen, durch welche er den tödlichen Erfolg herbeigeführt hat? 2. Wann ist der letztere Erfolg eingetreten? Aber diese beiden Fragen sind an und für sich vollständig gleichberechtigt, und wir pflegen sie daher auch überall, wo nicht ein besonderes Bedürfnis uns zu einem abweichenden Verfahren nötigt, sowohl im gemeinen Leben, wie auch in der juristischen Praxis — z. B. bei der Beweiserhebung — sehr wohl auseinander zu halten. Die Zusammenziehung beider Fragen in Eine hat nur Sinn, wenn man aus Gründen, die ausserhalb der zeitlich zu bestimmenden Tatsache liegen, Handlung und Erfolg künstlich zu einer momentanen Einheit macht, indem man entweder die Folge als blosses Nachspiel der Handlung oder umgekehrt das fragliche Tun oder Unterlassen als blosses Vorspiel des Erfolgs hinstellt.

angehören. Soweit diese letzteren selbst oder doch solche, die in unmittelbarem Zusammenhange mit ihnen stehen, ausdrückliche Anordnungen in dieser Richtung treffen, — und bezüglich der Frage, ob Anfang oder Ende des maassgebenden festen Zeitabschnitts den entscheidenden Zeitpunkt bilden soll, trifft dies in der Regel zu, — da hat wohl auch noch niemand hieran gezweifelt. Dagegen wird öfters übersehen oder doch nicht genügend berücksichtigt, dass das Gleiche auch gelten muss in Fällen, wo ausdrückliche Rechtsvorschriften fehlen. Wenn innerhalb unsrer heutigen Strafrechtswissenschaft und -praxis für eine Verständigung über die „Zeit der begangenen Tat" noch so wenig Aussicht sich darbietet, so glaube ich dies in erster Linie darauf zurückführen zu müssen, dass es noch an Klarheit über das leitende Prinzip für die Beantwortung der Streitfrage gebricht.

3. Wenden wir uns jetzt zur „Ortsbestimmung" eines Tuns oder Unterlassens, so mag es auf den ersten Anblick scheinen, als wenn sich solche noch mannigfacher und komplizierter gestalten müsste, als die Zeitbestimmung. Einmal kommt dabei — theoretisch betrachtet — nicht bloss eine einzige Dimension, wie überall bei der Zeit, sondern in der Regel eine doppelte oder gar dreifache in Frage. Anderseits spielt neben der Ortsbestimmung auf Grund einer allgemein angenommenen Ortsberechnung (etwa nach Längen- und Breitegraden oder nach einem kleineren Normal-Einheitsmaasse) die Ortsbestimmung nach einem System mehr oder weniger zufälliger Raumbegrenzungen, insbesondere nach der politischen Einteilung der Erde und der einzelnen Länder eine sehr viel wichtigere Rolle, als die allenfalls damit vergleichbare — in Nr. 2 absichtlich gar nicht erst berührte — Zeitbestimmung nach einigen hervorragenden geschichtlichen Ereignissen und den danach zu unterscheidenden Geschichtsepochen.

So deutlich indessen diese Komplikation bei streng wissenschaftlichen Ortsbestimmungen hervortritt, so gewiss macht sich dieselbe im gewöhnlichen Leben — namentlich bei der örtlichen Bestimmung eines gewissen menschlichen Verhaltens — nur verhältnismässig wenig fühlbar. Wohl liegen die Dinge auch hier nicht selten derartig, dass eine mathematisch genaue Bestimmung nach allen drei Raumdimensionen notwendig erscheint. So überall,

wo es auf eine Tätigkeit ankommt, die auf Herstellung eines dem Maasse nach bestimmten Produktes gerichtet sein soll; so ferner bei jeder Untersuchung darüber, ob aus der Lage verschiedener Gegenstände zueinander irgendwelche Schlüsse auf Begehung eines Verbrechens, eines Selbstmordes oder auch einer andern Tat gezogen werden dürfen. Allein bei Lichte besehen ist es uns in allen solchen Fällen nicht sowohl um die örtliche Bestimmung des betreffenden Tuns selbst, als vielmehr um die Raumbestimmung des herzustellenden Produktes bezw. des tatsächlich vorliegenden Folge-Verhältnisses zu tun, aus welchem wir Rückschlüsse auf die bedingenden Vorgänge ziehen können. Für die örtliche Bestimmung des Tuns selbst genügt uns regelmässig entweder die einfache Orts-Anschauung, wie sie bis zu einem gewissen Grade sogar durch bildliche Darstellung vermittelt sein kann, oder eine mehr oder minder genaue Ortsangabe auf Grund des z. Z. herrschenden geographisch-politischen Systems.

Speziell auf die zuletzt genannte Art der Ortsbestimmung — und nur auf sie — bezieht sich auch unsere Unterscheidung zwischen einer natürlichen und künstlichen Ortsbestimmung. Und zwar sind es wiederum hauptsächlich zwei Gruppen von Rechtsnormen, die uns zu einer Modifikation der an sich natürlichen Ortsbestimmung einer Handlung Anlass geben:

I. Rechtsnormen, welche den Umfang der Geltung eines bestimmten positiven Rechts betreffen;

II. Rechtsnormen, welche die Kompetenz der Staats- oder Vereinsorgane im Hinblick darauf regeln, dass die sie im allgemeinen zum Einschreiten verpflichtenden Handlungen dritter Personen gerade in den ihnen besonders zugewiesenen örtlichen Bezirk fallen.

Vom Standpunkte einer einfach natürlichen Ortsbestimmung aus würde man bei einer Handlung, die sich aus mehreren an verschiedenen Orten sich vollziehenden Vorgängen zusammensetzt, stets sagen müssen: es gibt keinen Ort, den man als Ort der ganzen Handlung bezeichnen könnte; es gibt nur verschiedene Orte je für einen bestimmten Teil der Handlung. In vielen Fällen, insbesondere bei den sogen. fortdauernden oder fortgesetzten Verbrechen, sowie überall, wo es sich um die Beweiserhebung,

nicht um die Anwendung der vorerwähnten Rechtsnormen auf ein rechtmässiges oder rechtswidriges Tun oder Unterlassen handelt, verfahren wir auch wirklich nach dieser Methode. In andern Fällen dagegen, namentlich wo die Anwenduug der gedachten Rechtsnormen auf Handlungen in Frage kommt, bei denen Körperbewegung und Erfolg verhältnismässig weit auseinander liegen, sind wir — in ganz analoger Weise, wie vorher bei der Zeitbestimmung — genötigt, eine Entscheidung über den Ort der ganzen Handlung zu treffen, weil diese vom Rechte selbst als eine einheitliche, durch den Erfolg charakterisierte aufgefasst wird. Setzen wir einmal, anknüpfend an das schon in Nr. 2 citierte Beispiel, als tatsächlich festgestellt voraus: Der Franzose A, der auf den Deutschen B schiesst, befand sich im Augenblicke des Schusses auf deutschem Gebiete innerhalb des Landgerichtsbezirks Zabern, aber dicht an der französischen Grenze; der B stand umgekehrt, als er verwundet wurde, jenseits der Grenze auf französischem Boden, liess sich aber alsdann nach Strassburg bringen, wo er verstarb. Vom Gesichtspunkte der Beweiserhebung aus dürfen nicht nur, sondern müssen geradezu diese drei Tatsachen, die samt und sonders für die nähere Kennzeichnung der strafbaren Handlung von Bedeutung sind, einfach nebeneinander gestellt werden. Um jedoch zu entscheiden, ob die so gekennzeichnete Handlung unter das deutsche oder das französische Strafrecht fällt, und ob eventuell das Landgericht Zabern oder das Landgericht Strassburg zuständig ist, bedarf es, soweit die einschlagenden Rechtsnormen — deutsche wie französische — die Entscheidung dieser Fragen schlechtweg vom Orte der begangenen Tat abhängig machen, vorerst einer prinzipiellen Untersuchung darüber, was denn eigentlich unter dem „Orte der begangenen Tat“ zu verstehen, genauer gesagt, welches der verschiedenen Tatmomente, die an und für sich alle örtlich bestimmte sind, als Moment der Tat-Begehung aufzufassen sei.

Aus der Natur der bezüglichen Handlungen selbst ist für diese Untersuchung niemals etwas zu entnehmen; denn in der Handlung als solcher kann kein Grund liegen, das tatsächlich darin örtlich Auseinanderliegende dennoch als einer einzigen Ortsbestimmung fähig oder bedürftig anzusehen. Umgekehrt sind die verschiedensten

Interessen denkbar, die zu einer solchen künstlichen Konzentration der auseinander liegenden Tatmomente auf einen einzigen Punkt — und zwar je nach der Verschiedenheit des Interesses auch je zu einer verschiedenen Bestimmung des Konzentrationspunktes — führen mögen. Unter allen Umständen jedoch muss die betreffende Untersuchung von der gleichen Erkenntnis ausgehen, auf welche wir am Schlusse von Nr. 2 hingewiesen haben: von der Erkenntnis, dass alle hierher gehörigen Fragen nur beantwortet werden können vom Standpunkte desjenigen positiven Rechts aus, dessen Zwecken eine derartige künstliche Ortsbestimmung dienen soll.

4. Die Darstellung der allgemeinen Regeln der Rechtsfindung muss unserm vierten Buche vorbehalten bleiben. Wie ich mir indessen die Verwertung jener Regeln für den vorliegenden Fall, für die Feststellung der Rechtsgrundsätze über Zeit und Ort einer Handlung denke, mag schon jetzt eine Prüfung der einschlagenden Vorschriften unseres deutschen Strafprozessrechts zeigen.

Wir beginnen auch hier mit den Grundsätzen über die Zeitbestimmung. Es empfiehlt sich dies um so mehr, als diese Grundsätze grösstenteils unmittelbar aus einigen ausdrücklichen Gesetzesvorschriften entnommen werden können. So treffen die Prozessordnungen genaue Anordnung über die Berechnung der Prozessfristen; und ebenso lassen uns die §§ 61, 67 und 70 des Str. G. B. darüber nicht im Zweifel, dass die dort vorgeschriebenen Strafantrags- und Verjährungsfristen — entgegen der Berechnung der Prozessfristen — stets schon vom Anfang des Tages an zu rechnen sind, in welchen die für den Beginn der Frist maassgebende Tatsache fällt. Vor allem aber enthält der § 67 des Str. G. B. auch eine nähere Begrenzung des Begriffs der „begangenen Handlung", indem er diese in ausdrücklichen Gegensatz stellt zu dem möglicherweise erst in einem späteren Zeitpunkte „eingetretenen Erfolg".

Freilich ist der Sinn und die Anwendbarkeit dieser Begriffsbestimmung nicht unbestritten. Ja, die herrschende, auch vom Reichsgericht angenommene Meinung geht sogar dahin, ihre Bedeutung nach Möglichkeit abzuschwächen: einmal, indem sie nicht nur die sogenannte unmittelbare Wirkung, sondern selbst blosse „Zwischenwirkungen" noch zur „Handlung", nicht zum „Erfolge"

rechnen will; anderseits, indem sie die Ausdehnung auf „Fälle, in denen die Strafbarkeit einer Handlung von äusseren, derselben nachfolgenden Umständen abhängt", insbesondere auf fahrlässige Delikte für unzulässig erklärt. Aber die Begründung, mit der man diese doppelte Abschwächung zu stützen sucht, ist in keiner Weise stichhaltig. Die Berufung auf den Satz, „dass die Strafverfolgungsverjährung, da sie materiell ein Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs darstelle, das Existentwerden des letzteren voraussetze", ist nichts als ein Ausfluss grauer, bedenklich eingerosteter Theorie. Es steckt darin derselbe Fehler, auf den wir schon so oft hingewiesen haben: das völlige Verkennen der Existenz zahlloser bloss bedingter Rechtsansprüche. In Wahrheit liegt in allen Deliktsfällen — wie wir später noch näher zeigen werden — schon unmittelbar mit der Handlung eine Rechtswidrigkeit vor, und sofern hieran, wenn auch nur bedingterweise, eine Strafdrohung geknüpft ist, auch ein Strafanspruch, — zum mindesten eben ein bedingter. So gewiss nun ein Anspruch nicht erlöschen kann, der noch gar nicht entstanden ist, so gewiss kann ein bedingter Anspruch erlöschen, bevor noch gewiss geworden ist, ob die Bedingung eintreten werde oder nicht. Ebensowenig hat die herrschende Meinung Anlass, die Motive zum Str. G. B. für sich anzuführen, die tatsächlich gar nichts über die Bedeutung unserer Gesetzesbestimmung enthalten.[2]) Dagegen spricht der Wortlaut des Gesetzes selbst geradezu

[2]) Die einzige Bemerkung der Motive, die die vorliegende Frage betrifft, lautet wörtlich: „Über den Lauf der Verjährung ist nur angeordnet, dass derselbe mit dem Tage der begangenen Tat anfängt. Die besondere Bestimmung, dass hierbei der Zeitpunkt nicht maassgebend sein solle, an welchem der zur Vollendung erforderliche Erfolg eingetreten ist, erledigt einen Zweifel." Dass mit dieser Bemerkung irgend ein Anhalt dafür gegeben sei, ob unter der „begangenen Handlung" auch die unmittelbare Wirkung und die sogenannten Zwischenwirkungen mitzuverstehen seien, vermag ich nicht zuzugeben. Noch weniger aber ist für die letztere Auffassung der sofort daran sich schliessende Satz geltend zu machen: „Durch die Anordnung, dass mit dem Tage des begangenen Verbrechens die Verjährung beginne, sollte einer Streitfrage über den Endpunkt der Verjährung vorgebeugt werden." Wenn Olshausen (Komm. S. 355 der 8. Aufl.) behauptet, dieser Satz lasse darüber keinen Zweifel, dass der Gesetzgeber nicht bloss das äussere Handeln, sondern die begangene strafbare Handlung als Anfangspunkt der Verjährung gedacht habe, so liegt darin eine geradezu unbegreifliche Entstellung des natürlichen Wortsinns.

gegen jene beliebte Abschwächung. Zwar gebe ich für mein Teil gern zu, dass man das Wort „Erfolg“ nur gebrauchen sollte, wenn es sich um eine erstrebte Folge oder Wirkung handelt. Aber in Wirklichkeit ist doch der Sprachgebrauch, auch speziell derjenige der Strafrechtswissenschaft und der juristischen Praxis ein sehr viel freierer. So sprechen die Motive zu den §§ 223—226 des Str. G. B. (Entwurf §§ 218—221) unbedenklich von einer Körperverletzung mit schwerem Erfolge sowohl in Fällen, wo dieser Erfolg nicht beabsichtigt, als in solchen, wo er gerade in der fraglichen Weise beabsichtigt war; so ist es geradezu technische Redeweise geworden, von einer Körperverletzung mit tödlichem Erfolge da zu sprechen, wo die tödliche Folge nicht auf Vorsatz des Handelnden zurückzuführen ist. Erscheinen aber hiernach „Erfolg“ und „Folge“ einfach als identische Begriffe, so ist die Unterscheidung zwischen der Begehung der Handlung und dem Erfolg auf kulpose Verbrechen ganz ebensowohl anwendbar, wie auf dolose. Zu alledem kommt endlich, dass all die Gründe, auf welchen überhaupt die Einführung einer Strafverfolgungsverjährung beruht, konsequent durchgedacht, nur eine solche Berechnung der Verjährung rechtfertigen können, die unmittelbar an die verbrecherische Tätigkeit und nicht an irgendwelches spätere Ereignis anknüpft. Vor allem gilt dies von der Rücksicht auf die im Laufe der Zeit eintretende Erschwerung des Beweises; aber auch zu jeder andern Begründungsweise stimmt es besser, die Verjährung mit der verbrecherischen Handlung im strengsten Sinne beginnen zu lassen, als mit irgend einem späteren Zeitpunkte.

Dass die Art der Zeitbestimmung einer „begangenen Handlung“, wie sie durch § 67 des Str. G. B. für die Berechnung der Strafverfolgungsverjährung ausdrücklich festgelegt ist, auch in allen andern Fällen, wo das Gesetz nicht augenscheinlich einer

---

Offenbar redet jener Satz gar nicht von dem Zeitpunkte der begangenen Handlung selbst, sondern einzig davon, dass die Verjährungsfrist nicht von Moment zu Moment, auch nicht vom Ende des Tages, in welchen die Handlung fiel, sondern vom Anfang dieses Tages an gerechnet werden solle. Das beweist deutlich der unmittelbar folgende erläuternde Zusatz: „Denn es ist nunmehr von selbst gegeben, dass die Verjährung mit dem Beginne des dem Anfange der Verjährung entsprechenden Kalendertages ihr Ende erreicht.“

abweichenden Auffassung folgt, analoge Anwendung finden muss, erscheint mir als geradezu selbstverständlich. Ist es doch offenbar widersinnig, ohne ausdrücklichen Hinweis des Gesetzes anzunehmen, dass ein und dieselbe Handlung das eine Mal als „begangene Tat", das andere Mal dagegen noch nicht als solche gelten solle. Man wird also beispielsweise in Str. G. B. § 2, Abs. 1 und Abs. 2 den Begriff der begangenen Handlung im Hinblick auf den Zeitpunkt des Begangenseins ganz ebenso auszulegen haben, wie dies der § 67 ausdrücklich vorschreibt, d. h. ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs und, sofern unsere obigen Ausführungen richtig sind, auch ohne die von der gegnerischen Doktrin und dem Reichsgerichte angenommenen Beschränkungen.[3])

Kaum weniger nahe liegt dann aber auch eine weitere Schlussfolgerung: die Notwendigkeit, den Zeitpunkt der begangenen

[3]) Man beachte wohl: Ich behaupte durchaus nicht, dass in § 67, Abs. 4 des Str. G. B. eine Legaldefinition von allgemeinerer Bedeutung enthalten sei; am allerwenigsten denke ich dabei an eine Definition des „Begriffs der Handlung". Zwar kann ich Kitzinger (Ort und Zeit der Handlung, München 1902) nur bedingterweise zugeben, dass das Wort „Handlung" — ohne den Zusatz „strafbare" oder „mit Strafe bedrohte" — nach dem Sprachgebrauche des Str. G. B. in der Regel ganz dasselbe bedeute, wie „Delikt". Richtig hieran ist jedoch, dass es in der Regel das gesamte Rein-Tatsächliche am Delikt bezeichnet; richtig auch, dass die Wortverbindung „Begehung der Handlung" auf eine rechtswidrige Handlung hindeutet. Gerade aus diesen Beobachtungen ist aber weiter zu folgern, dass auch in dem citierten § 67 der Ausdruck „Handlung" in gleichem Sinne, also mit Einschluss des Erfolgs zu nehmen ist, nicht wie Kitzinger (S. 167) u. A. meinen, in dem engeren Sinne; der Gegensatz, den § 67 betont, besteht nicht zwischen Handlung und Erfolg, sondern innerhalb der Handlung zwischen deren Begehung und ihrem Erfolg. Und zwar wird hier der Zeitpunkt der Begehung — im Gegensatze zu dem des Erfolges — als der für die zeitliche Bestimmung der ganzen Handlung entscheidende vorausgesetzt. So gewiss nun diese Entscheidung ausdrücklich nur für die Frage der Strafverfolgungsverjährung getroffen ist, so gewiss ist ein Analogieschluss für alle andern Bestimmungen des Str. G. B. gerechtfertigt, welche auf die Zeit der „Begehung der Handlung" Bezug nehmen. Für die Fälle der §§ 51, 55, 56 und 57 freilich bedarf es dieses Analogieschlusses gar nicht, weil hier eine andere Zeitbestimmung, will sagen nach dem Zeitpunkte des Erfolgs oder der sogenannten Zwischenwirkungen geradezu als ein Nonsens erscheinen würde. Um so mehr aber ist ein solcher Schluss da angezeigt, wo eine Rechtsnorm, für sich allein betrachtet, allenfalls eine entgegengesetzte Auslegung zulassen würde.

Handlung zugleich entscheidend sein zu lassen für die Bestimmung des Ortes der begangenen Handlung, und zwar nicht bloss für das Gebiet des materiellen Strafrechts, sondern auch für das Gebiet des Prozessrechts. Denn Zeit- und Ortsbestimmung stehen in so nahem Zusammenhange, dass die eine von der andern regelmässig gar nicht getrennt werden kann. Man denke nur einmal unser schon mehrfach besprochenes Beispiel ernstlich durch. Wer entgegen unsrer Überzeugung grundsätzlich Zeit und Ort des Erfolgs als maassgebend erachtet, gelangt notwendig zu folgendem Resultate: Vom Gesichtspunkte der Verjährungsvorschrift in Str. G. B. § 67 ist der Mord begangen am 1. Mai und zwar je nach der Auslegung dieser Vorschrift entweder auf deutschem Boden, wo der Täter die letzte Handlung vornahm, oder auf französischem Gebiete, wo die unmittelbare Wirkung eintrat, — vom Gesichtspunkte der sonstigen Gesetzesvorschriften aus in Strassburg am 10. Mai. Der Widerspruch liegt auf der Hand. Allerdings mag man uns einhalten: tatsächlich könne man doch innerhalb einer nach der Folge bestimmten Handlung verschiedene Zeit- und Ortsmomente unterscheiden und es stehe dem Gesetzgeber zu, nach seinem Ermessen seine Vorschriften bald an den einen, bald an den andern Moment zu knüpfen. Ja, die erstere Tatsache ist von uns selbst als die natürliche Art der Zeit- und Ortsbestimmung gekennzeichnet worden; und die an zweiter Stelle betonte formelle Berechtigung des Gesetzgebers wird kein Mensch anfechten. Allein gegen die Annahme, dass unsere Reichsgesetzgebung in solcher Weise habe vorgehen wollen, spricht so ziemlich alles. Einmal darf man einem Gesetzgeber jedenfalls nicht von vornherein zutrauen, dass er einen technischen Ausdruck, wie „begangene Handlung“ oder „Begehung einer Handlung“, ohne dringenden Grund und ohne jeden unterscheidenden Zusatz in verschiedenem Sinne gebrauche. Anderseits ist schlechterdings nicht abzusehen, warum unsere Reichsgesetzgebung für die Strafverfolgungsverjährung eine ganz eigenartige Bestimmung von „Ort und Zeit der begangenen Handlung“ — im Gegensatze zu allen andern Fällen, in denen eine derartige Orts- und Zeitbestimmung notwendig wird, — eingeführt haben sollte. Zum Überfluss bezeugen die Motive zu § 7 der Strafprozessordnung ausdrücklich, dass man bei Abfassung der Vorschriften über den

Gerichtsstand von demselben Begriffe der „begangenen Handlung“ ausgegangen ist, der im § 67 des Str. G. B. gesetzlich fixiert wird.

Durch eine konsequente Fortführung der letzten Erwägungen erhalten wir aber auch zugleich ein neues gewichtiges Argument gegen die bereits oben zurückgewiesene Ansicht, dass zwar nicht der „eingetretene Erfolg“, wohl aber die unmittelbare Wirkung und sogar die sogenannten Zwischenwirkungen noch mit zur Begehung der Handlung zu rechnen seien. Es gibt nur Eine scharfe Scheidung zwischen Handlung und Erfolg: auf der einen Seite die Körperbewegungen des Handelnden selbst, allenfalls noch mit Einschluss solcher Vorgänge, die wir in unserer sinnlichen Wahrnehmung gar nicht davon zu trennen vermögen, wie z. B. die Bewegung der geschwungenen Axt oder des vom Finger angezogenen Drückers am Gewehr; auf der andern Seite alle Folgen, die sich nach Abschluss der so bestimmten Körperbewegung aus dieser ergeben, also auch schon die „unmittelbare Wirkung“, wie die Entzündung des Pulvers im Gewehr oder gar das Getroffenwerden von der Kugel. Jede andere Scheidung führt zu einer heillosen Konfusion. Wenn beim Abdrücken des Gewehrs auf den B wegen Untauglichkeit des Pulvers der Schuss versagt, so ist darum doch die Handlung des A als solche genau dieselbe gewesen, wie wenn das Pulver sich der Absicht gemäss entzündet und die Kugel den B oder auch ein zufällig dazwischen getretenes Wild verwundet hätte. Der Schein einer Verschiedenartigkeit zwischen diesen drei Fällen entsteht erst, indem wir eine bestimmte Folge oder Nicht-Folge unmittelbar mit der Handlung verbunden denken. Ob nicht trotzdem über die Schuld des Handelnden und entsprechend über die Strafbarkeit dieser Einen Handlung — gerade mit Rücksicht auf beabsichtigte oder nicht beabsichtigte, eingetretene oder nicht eingetretene Folgen — verschiedene Urteile möglich sind, wird später (in Abschnitt IV) zu erörtern sein. Dass aber diese Eine Handlung an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten begangen sein soll, das wird kein Unbefangener jemals begreifen, geschweige natürlich finden.

5. Wir stehen am Schlusse unserer Betrachtungen über das Rein-Tatsächliche am Unrecht. Überblicken wir noch einmal deren

Ergebnisse, so sind es freilich nur sehr wenige und obendrein ziemlich trivial klingende Wahrheiten, die wir für die juristische Prinzipienlehre zu verzeichnen haben: Alles menschliche Verhalten, soweit es für das Recht in Frage kommt, ein Tun oder Unterlassen; die nähere Bestimmung dieses Tuns oder Unterlassens durch Kennzeichnung des unmittelbaren körperlichen Verhaltens oder durch den Hinblick auf eine daran sich knüpfende Folge; der subjektiven Seite nach das Tun und Unterlassen entweder ein bewusstes oder unbewusstes, ein gewolltes oder ungewolltes; innerhalb des gewollten Tuns zu unterscheiden zwischen verschiedenen Stadien der Ausführung, zwischen Gesamthandlung und Einzelhandlungen eines und desselben Subjekts, sowie bezüglich der verschiedenen Arten der Beteiligung an derselben Gesamthandlung; endlich jedes Tun und Unterlassen in verschiedener Weise bestimmbar nach Zeit und Ort. Daneben bloss noch die immer sich wiederholende negative Erkenntnis, dass alle näheren Bestimmungen des Tuns und Unterlassens selbst, insbesondere auch die Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Handlung und Erfolg, auf die es bei Feststellung eines gewissen Unrechts-Tatbestandes, gleichwie irgend eines andern rechtlich interessierenden Tatbestandes ankommt, desgleichen die sonst zur näheren Bestimmung eines solchen Tatbestandes dienenden Begriffe des Versuchs, der Handlungs-Einheit, der Teilnahme, sowie die Art und Weise der Orts- und Zeitbestimmung, soweit es sich irgend um Rechtsanwendung handelt, ausschliesslich aus dem betreffenden positiven Rechte heraus (bezw. auf Grund der Auffassung und Sprache des praktischen Lebens, auf die es zurückweist), nicht aus allgemeinen wissenschaftlichen Erörterungen entnommen werden können. Was ich dennoch in meinen bisherigen Untersuchungen über derartige Vorstellungen und Begriffe — hauptsächlich im Anschluss an unser heutiges deutsches Recht — ausgeführt habe, erscheint also streng genommen als lauter Allotria, die, gleichviel welchen Wert sie für die Auslegung und Anwendung unseres positiven Rechts haben mögen, für die juristische Prinzipienlehre höchstens insofern bedeutsam sind, als sie zugleich zeigen, was diese als solche nicht vermag.

Auf den ersten Anblick mag dieses Resultat dem Verehrer der Wissenschaft wenig befriedigend, ja schmerzlich sein. Allein

genauer betrachtet steht die Sache hier nicht wesentlich anders, als etwa mit der längst allgemein gewordenen Erkenntnis, dass die theoretische Philosophie für die Begründung oder Erklärung von Religion und Moral wenig oder nichts zu tun im stande ist. Das will sagen: In Wahrheit liegt in der oben konstatierten Tatsache vielmehr etwas Erfreuliches oder wenigstens Tröstliches: die Befreiung von einer Last, die unsere neuere Jurisprudenz ohne Not, nur aus vermeintlicher Wissenschaftlichkeit sich aufgebürdet hat. Wir dürfen danach die gewisse Zuversicht hegen, dass unsere Gesetzgebung und juristische Praxis, so anfechtbar sie auch im einzelnen sein mögen, doch im allgemeinen, wo sie mehr den Anschauungen und Erfahrungen des praktischen Lebens als theoretischen Eingebungen folgen, auf sichereren Füssen stehen, als manche Vertreter unserer Wissenschaft uns gelegentlich glauben machen möchten. Aber freilich ergibt sich daraus auch für die Gesetzgebung die Pflicht, der Wissenschaft nicht Aufgaben zu überlassen, die diese — mindestens in ihrer Eigenschaft als Wissenschaft vom geltenden Rechte — nur unzureichend oder gar nicht zu lösen im stande ist.

Dritter Abschnitt.

Genauere Bestimmung des Unrechts im weitern Sinne unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit.

§ 37.

Unrecht im weitern Sinne ist jedes rechtswidrige äussere Verhalten von Menschen zu Menschen; kürzer gesagt, jedes rechtswidrige Tun oder Unterlassen. Sehen wir aber näher zu, was mit dem Worte „rechtswidrig" eigentlich gesagt ist, so kennzeichnet sich das Unrecht:

I. als Rechtsübertretung, sofern wir auf die Rechtsnormen blicken, die ein entgegengesetztes Verhalten fordern;

II. als Rechtsverletzung bezw. Pflichtverletzung, sofern darin die Nichtachtung eines Rechtsanspruchs und entsprechend die Nichterfüllung einer Rechtspflicht liegt;

III. als Rechtsstörung, sofern die übertretenen Rechtsnormen den Inhalt einer umfassenderen Rechtsordnung, die verletzten Ansprüche und Pflichten den Inhalt eines umfassenderen Rechtsverhältnisses darstellen.

1. Die voranstehende Definition des Unrechts im weitern Sinne ist bereits zum grössten Teile in § 30, Nr. 2 näher begründet worden. Wir haben dort gezeigt, dass es sich bei allem „Unrecht" immer nur um ein äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen handeln kann: Ein rein innerliches Verhalten bezeichnen wir niemals als Unrecht; noch weniger ein Verhalten von Nicht-Menschen oder gegen Nicht-Menschen als solches. Wir haben aber auch anderseits ausgeführt, dass der Titel „Unrecht" im weitern Sinne auf

jedes rechtswidrige Verhalten der gedachten Art anzuwenden ist, nicht bloss auf ein „schuldhaftes", also noch überdies besonders qualifiziertes Verhalten. Bei alledem ist natürlich schon ein bestimmter Begriff von Rechtswidrigkeit vorausgesetzt. Um jedoch das Wesen des Unrechts im weitern Sinne voll zu würdigen, wird es nötig sein, auf diesen Begriff der Rechtswidrigkeit noch etwas näher einzugehen. Vor allem drängt sich uns die Frage auf: Was ist innerhalb der Wortbildung „Rechtswidrigkeit" unter „Recht" zu verstehen? Die übertretenen Rechtsnormen? Oder die verletzten Rechtsansprüche und Rechtspflichten? Oder die gestörte Rechtsordnung bezw. das gestörte Rechtsverhältnis? Oder vielmehr alles dies zusammen?

Nach unsern früheren Ausführungen — insbesondere in Band I — kann allerdings die Antwort auf diese Frage nicht zweifelhaft sein. Wenn alle Rechtsnormen den Inhalt von Rechtsansprüchen und Rechtspflichten ausdrücken, anderseits alle Rechtsverhältnisse sich als Korrelatverhältnisse von Rechtsansprüchen und Rechtspflichten darstellen, und wenn endlich „Rechtsordnung" ein mehr oder weniger abgeschlossenes Ganzes von Rechtsnormen oder Rechtsverhältnissen bezeichnet, so ist klar, dass jede „Rechtswidrigkeit" sich gleichzeitig auf alle diese Dinge beziehen muss. Wohl charakterisieren wir den Widerspruch eines gewissen Verhaltens zum Recht verschieden, je nachdem wir dabei speziell an die eine oder andere genannte Beziehung denken. So reden wir in dem einen Falle von Rechtsübertretung, in dem andern von Rechts- und Pflichtverletzung, im dritten von Rechtsstörung. Aber in der Tat betonen wir damit stets nur je eine besondere Seite ein und desselben Unrechts im weitern Sinne.

So notwendig indessen dieses Resultat aus unserer Grundanschauung vom Rechte sich ergibt, so wenig darf ich z. Z. schon auf eine allgemeine Zustimmung hierzu rechnen. Es mag daher angezeigt sein, unsere Auffassung der „Rechtswidrigkeit" und entsprechend des Unrechts im weitern Sinne noch von anderer Seite her zu begründen, indem wir die erwähnten drei Seiten des Unrechts jede für sich näher ins Auge fassen und im Anschluss daran zugleich die gegnerischen Hauptansichten widerlegen, die das Wesen des Unrechts teils ausschliesslich in dem Widerspruch

gegen das objektive Recht, teils umgekehrt in der Verletzung subjektiver Rechte finden wollen.

2. Wir beginnen mit dem Begriff der Rechts-Übertretung. Der Ausdruck „Übertretung" weist auf eine Anschauung hin, nach welcher das gesamte Recht, d. h. der Inbegriff aller Rechtsnormen unter dem Bilde einer räumlichen Schranke oder auch nur Grenzlinie erscheint, die der freien Bewegung des Menschen gezogen ist, — einer Schranke, die wir innehalten sollen, aber tatsächlich durchbrechen, überschreiten, übertreten können. Allerdings passt hiernach das Wort streng genommen nur für ein Tun wider Verbote des Rechts, nicht auf die in einem einfachen Unterlassen bestehende Nichterfüllung positiver Gebote. Indessen kennt der allgemeine Sprachgebrauch diese Einschränkung längst nicht mehr. Und jedenfalls hat der Begriff der „Übertretung" im engern Sinne mit dem der „Nichterfüllung" das Eine gemein, dass dabei an und für sich weder ein entsprechendes Wollen, noch auch nur Bewusstsein des Übertretenden vorausgesetzt wird.

Im geraden Gegensatze hierzu behauptet nun freilich eine neuerdings viel vertretene Ansicht: aus dem Normencharakter des Rechts folge mit logischer Notwendigkeit, dass von einer Rechtsübertretung immer nur mit Bezug auf den „Willen zurechnungsfähiger Menschen" die Rede sein könne.[1]) Sie geht dabei von der ganz richtigen Voraussetzung aus, dass eine Übertretung von „Normen", eine „Verletzung von Geboten und Verboten" immer „nur seitens dessen denkbar ist, an den sie gerichtet sind, dem gegenüber sie gelten wollen". Allein sie täuscht sich über den Kreis der Subjekte, an welche die Rechtsnormen als solche wirklich sich richten, für welche sie wirklich gelten wollen.

Auf den ersten Anblick freilich mag es fast als selbstverständlich erscheinen, dass sich Gebote oder Verbote irgend welcher Art stets — wenigstens vernünftigerweise — nur an zurechnungsfähige Menschen richten können. Ja, diese Voraussetzung würde ohne weiteres zugegeben sein, wenn man „Zurechnungs-

[1]) So in besonders energischer Weise und zum Teil in mehrfacher Wiederholung Adolf Merkel, Binding, Jellinek. Weitere Nachweise s. bei Kitzinger im Gerichtssaal Bd. 55, S. 10 und bei Löffler in der Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 546 ff.

fähigkeit" als völlig identisch mit „Willensfähigkeit" nehmen und überdies den letzteren Begriff ganz streng interpretieren wollte. Dies trifft aber in Wahrheit nicht zu. Kinder und Geisteskranke, die wir heute allgemeinhin als unzurechnungsfähig ansehen, entbehren durchaus nicht so schlechthin desjenigen geistigen Vermögens oder, wenn man lieber will, derjenigen Form geistiger Tätigkeit, die wir als Wollen zu bezeichnen pflegen.[2]) Was bei jenen als unentwickelt, bei diesen als gestört erscheint, sind viel mehr andere Geistesfunktionen, von denen eine vernünftige Willensentschliessung mehr oder weniger abhängt, insbesondere deren Vorstellungs- und Gefühlsleben. Von einem vollständigen Fehlen des letzteren kann aber hier ebenfalls gesprochen werden. Es lässt sich auch namentlich nicht behaupten, dass es unter allen Umständen unmöglich sei, einem Kinde oder Geisteskranken ein Gebot oder Verbot verständlich zu machen. Zweifelt doch niemand daran, dass man in gewisser Weise selbst einem Tiere, z. B. einem Hunde oder Pferde, einen Befehl erteilen könne und dass das Tier diesem Befehle gehorche oder gelegentlich nicht gehorche.

Freilich ist nun mit der Tatsache, dass es nicht schlechthin widersinnig ist, auch an Personen mit einem noch unentwickelten oder anormalen Geistesleben Gebote oder Verbote zu richten, noch nicht zugleich der Nachweis erbracht, dass das Recht seine Normen wirklich auch an solche Personen richten will. Wohl aber ergibt sich diese Intention des Rechts aus andern Erwägungen.

Fürs erste unterliegt es keinem Zweifel, dass das positive Recht regelmässig Kinder und Wahnsinnige als Rechtssubjekte, ja als Rechtsgenossen, wenn auch ohne „juristische Handlungsfähigkeit", ansieht. Ob dies ohne Fiktion möglich ist oder, wie ich selbst nachgewiesen (Bd. I, S. 209—216, Bd. II, S. 170 f., Anm. 20), nur mehr oder weniger mittelst einer solchen, kann für die gegenwärtige

---

[2]) An manchen Arten körperlicher Tätigkeit können wir sogar beobachten, dass der Wille bei Kindern in höherem Grade wirksam ist, als bei Erwachsenen. Zahlreiche Körperbewegungen, die wir meist als reine Reflexbewegungen zu betrachten pflegen, z. B. die Bewegungen der Füsse beim Gehen, der Hand beim Schreiben u. ä. kommen bei Kindern, wie die neuere Psychologie sehr entschieden betont hat, zunächst immer nur durch mehr oder weniger bewusste Willensakte zu stande.

Erörterung schliesslich ganz dahingestellt bleiben. Denn das Eine ist unter allen Umständen unleugbar: Soweit ein Recht Kinder und Geisteskranke als Subjekte von Rechten und insbesondere von Pflichten anerkennt, insoweit richten sich auch die Rechtsnormen, welche diese Pflichten zu Rechtspflichten machen, prinzipiell oder in erster Linie an diese — wahren oder halb-fiktiven — Rechtssubjekte. Jede Rechtsnormen-Geltung für diese Art von Subjekten ablehnen und doch zugleich Rechtspflichten der letzteren annehmen zu wollen, wäre ein Widerspruch in sich selbst.[3]) Die Frage könnte also höchstens die sein, ob nicht das Recht vielleicht eine Unterscheidung mache zwischen Normen, die auch für solche Personen gelten sollen, — z. B. den vermögensrechtlichen, aus denen man stets auch Rechtspflichten der Unzurechnungsfähigen abgeleitet hat, — und allen andern. Allein ein Nachweis in dieser Richtung dürfte aus dem positiven Rechte selbst heraus schwerlich zu führen sein. Wo zumal die Schadenersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen aller Art auch nur irgendwie zugleich für Unzurechnungsfähige anerkannt wird, wie im B. G. B. § 829, da kann von solchem Nachweise gar nicht die Rede sein. Liegt es doch auf der Hand, dass hier die Ersatzpflicht, wie verschieden auch

---

[3]) Dieser unleugbare Satz ist natürlich nicht dahin umzukehren, dass schlechthin alle Rechtsnormen nur für Rechtsgenossen gelten wollten. Denn zweifellos gibt es, wie wir schon in Bd. I, S. 122 f. ausdrücklich anerkannt haben, gewisse Rechtsnormen, die ihre Forderungen zugleich an Nichtgenossen richten. Freilich sind diese Normen für den Nichtgenossen, wie den Ausländer im Auslande, an und für sich — sofern nicht eine indirekte Anerkennung, etwa durch ihr eigenes Landesrecht, hinzukommt — nicht rechtsverbindlich, also überhaupt keine wahren Rechtsnormen. Aber vom Standpunkte der wirklichen Rechtsgenossen aus oder m. a. W. nach dem Willen des betreffenden Rechts selbst sollen sie doch auch für die Nichtgenossen — z. B. die in Str. G. B. § 4, Nr. 1 enthaltenen oder vorausgesetzten Verbote des Hochverrats usw. auch für Ausländer im Auslande — gelten, also dem Handeln der letzteren geradeso Schranken setzen, wie dem der Genossen. „Geltung haben" und „gelten wollen" bezw. „sollen" ist eben zweierlei. Von dem letzteren Standpunkte aus erscheint auch das Zuwiderhandeln der Nichtgenossen als Rechtsübertretung, auch wo dies vom Standpunkte des Nichtgenossen selbst aus nicht zutrifft. Die analoge Anwendung auf Unzurechnungsfähige, sofern man solche nicht als Rechtsgenossen auffassen möchte, ergibt sich von selbst.

ihr Umfang bestimmt wird, — trotz mangelnder Verantwortlichkeit — genau ebenso auf eine vorausgegangene Rechtsübertretung zurückgeführt wird, wie bei völlig handlungsfähigen Personen, insbesondere ohne Unterschied, ob die übertretene Norm direkt zum Schutze des Vermögens bestimmt ist oder vielmehr, wie z. B. das Verbot der Körperverletzung, zunächst einem andern Zwecke dient.[4])

Zu ganz demselben Resultate führt uns aber auch noch eine weitere Überlegung. Wenn es Eltern, Lehrern, Irrenärzten usw. einfiele, ihren Pflegebefohlenen beibringen zu wollen, bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres bezw. bis zu erfolgter Heilung brauchten sie sich nicht um irgendwelches Recht zu kümmern, selbst die zehn Gebote hätten für sie keine Geltung, es sei ihnen also beispielsweise nicht verboten zu töten, zu stehlen, zu verleumden und dergl. mehr, so würde das jedermann für verkehrt halten. Und doch müsste ein solches Verhalten bei folgerichtiger Durchführung der gegnerischen Ansicht als das allein Korrekte erscheinen.[5]) Ja, man müsste von diesem Standpunkte aus sogar weiter folgern, dass auch für alle normal entwickelten Menschen die Geltung der Rechtsnormen täglich auf eine Anzahl Stunden, nämlich während der Zeit des Schlafes, und für denjenigen, der nur mit Unterbrechungen schläft, sogar aller Augenblicke einmal suspendiert sei.[6])

---

[4]) Man kann hiergegen nicht einwenden, dass die Schadenersatzpflicht nicht notwendig ihren Grund in der Rechtswidrigkeit der Handlung habe. So richtig diese Bemerkung an sich ist, so wenig kann es einem Zweifel unterliegen, dass nach dem Zusammenhange der fraglichen Bestimmungen der § 829 des B. G. B. gerade so auf die Unerlaubtheit der betreffenden Handlungen gegründet ist, wie die §§ 823—826, auf die er verweist.

[5]) Man kann gegen diese Schlussfolgerung auch nicht etwa einwenden: Was man Kindern oder Geisteskranken über irgendwelche Rechtsnormen lehre, sei immer nur aus pädagogischen Gründen so gesagt als Vorbereitung für die Zukunft. Für den, der überhaupt Gebote und Verbote an Unzurechnungsfähige als etwas schlechthin Unmögliches erklärt, müsste auch eine Belehrung über solche um der Zukunft willen als etwas völlig Widersinniges erscheinen.

[6]) Wenn also jemand im Schlafe etwas tut oder unterlässt, so würde dies Tun oder Unterlassen in keinem Falle rechtswidrig sein. Denn wenn der Eintritt des Schlafes oder eines andern Zustandes der Bewusstlosigkeit den Rechtsnormen selbst ihre Geltung für die betreffenden Personen nähme, so könnte natürlich von diesen auch keine Rechtsnorm übertreten werden. Ja,

Dass der Gedanke an eine solche bloss intermittierende Geltung dem positiven Rechte fremd ist, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Ist doch sogar bei bedingten Rechtsnormen, zumal bei solchen, die auf einen wiederholten Eintritt der Bedingung berechnet sind, keineswegs anzunehmen, dass sie erst in Kraft treten oder Geltung erlangen wollen von dem jedesmaligen Eintritt der Bedingung an. Noch viel weniger aber wollen die Rechtsnormen ihre Geltung jeden Morgen von neuem beginnen mit dem Moment des Erwachens der einzelnen Rechtsgenossen und sie wieder verlieren mit dem Mittagsschläfchen, sie wiedergewinnen nach demselben usw. Nein, in Wahrheit wollen sie für alle, an die sie sich überhaupt richten, ganz allgemeinhin und dauernd gelten, also in der Regel vom Anfang bis zum Ende der Rechtsgenossenschaft.[7]) Auch Kindern und Geisteskranken (z. B. Blödsinnigen) sind sie darum, soweit möglich, zu lehren und einzuprägen — nicht als bloss zukünftig, sondern vielmehr als schon gegenwärtig von ihnen zu befolgende. Allerdings ist bei solchen Personen nicht mit Sicherheit auf das rechte Verständnis zu rechnen; es erscheint sogar im einzelnen Falle oft sehr schwer, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines ausreichenden Verständnisses zu konstatieren. Und eben deshalb bestimmt das Recht entweder ganz allgemein oder doch unter bestimmten weitern Voraussetzungen, dass sie „nicht verantwortlich" sein, d. h. nicht zur Verantwortung gezogen werden sollen. Dagegen liegt es durchaus nicht in seiner Intention, damit

dies müsste auch dann gelten, wenn das fragliche Tun oder Unterlassen schon vor dem entscheidenden Momente, also vor dem Aufhören der Normen-Geltung beschlossen war. Einmal nämlich wäre gar nicht abzusehen, wie durch einen solchen vorausgehenden Entschluss die Geltung der einschlagenden Normen verlängert werden könnte. Anderseits müsste der Entschluss selbst, sofern er auf ein Tun oder Unterlassen im Schlafe geht, als nicht-rechtswidrig angesehen werden, eben weil das beschlossene Verhalten als solches — als Tat im Schlafe — keine Norm-Übertretung enthalten würde.

[7]) Ob hiermit zugleich eine dauernde **Befolgung** gefordert wird, ist eine andere Frage, die je nach dem Inhalte der verschiedenen Rechtsnormen verschieden beantwortet werden muss. Im allgemeinen wird man sagen können, dass bei Geboten im engern Sinne — bei Normen, die ein positives Tun fordern, — von einer wahrhaft dauernden Befolgung nicht die Rede sein kann; dagegen sehr wohl bei Verboten, deren Befolgung notwendig in einem Unterlassen besteht.

zugleich seine eigene Geltung für solche Personen an und für sich verneinen zu wollen.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist zugleich das Hauptargument derer widerlegt, die umgekehrt die Normen-Qualität des Rechts — und zwar nicht bloss für gewisse Arten von Rechtssätzen, sondern für das gesamte Recht — zu leugnen versuchen, indem sie behaupten, dass gerade das von Unzurechnungsfähigen begangene und als solches nicht zu bestreitende Unrecht prinzipiell nicht als Normen-Übertretung aufgefasst werden könne.[8]) Noch mehr: Eine weitere Überlegung würde leicht zeigen können, wie selbst ein „Unrecht von Tieren oder gar von leblosen Dingen", wo es wirklich anzunehmen wäre, sich mit unserer Anschauung von der imperativischen Natur alles Rechts sehr wohl vereinigen lässt. Natürlich

---

[8]) Es kann nicht unsre Aufgabe sein, den Beweis für die Normen-Qualität alles Rechts, wie ich ihn schon mehrmals, zuletzt in Band I, S. 29—40 und Band II, S. 4 ff., Anm. 1 angetreten habe, hier von neuem vorzuführen. Wohl aber ergänze ich denselben gern durch einige Bemerkungen wider eine neuerdings geltend gemachte Meinung, die weder in den Strafsatzungen selbst, noch hinter diesen irgendwelche Normen anerkennen will. Der entschiedenste Vertreter dieser Meinung ist Kitzinger (im Gerichtssaal Band 55, S. 1 ff., insbesondere S. 10—15), der in Bezug auf alle Verbote — ja, nach der Wortfassung sogar in Betreff der Gebote — behauptet (S. 12 f.): „Mit diesen Worten drücke die Rechtsquelle lediglich aus, dass sie jene menschlichen Handlungen missbillige." An ihn schliesst sich teilweise A. Löffler (in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 21, S. 556 ff.), indem er zwar nicht leugnet, dass sich „der Leser aus der Strafdrohung die Norm für sein Verhalten, als das der Sanktion entsprechende Stück Rechtsordnung, selbst zu entwickeln" habe, aber doch zugleich das Wesen des Unrechts so sehr in der einfachen „Missbilligung" findet, dass er sogar nach heutigem Rechte in ausgedehntem Maasse ein von Tieren und selbst von leblosen Sachen begangenes Unrecht annimmt, während Kitzinger diese Konsequenz mit dem richtigen Hinweise abgelehnt hat, dass das Recht im allgemeinen nur Beziehungen von Menschen zu Menschen zu regeln bestimmt sei. Der Grundfehler beider besteht darin, dass sie sich den Begriff der Missbilligung nicht völlig klar gemacht haben. „Billigung" und „Missbilligung" können stets nur den Inhalt eines Urteils im Sinne der Logik, genauer gesagt, den Ausdruck eines Wissens oder einer Überzeugung, dass etwas schön oder unschön, gut oder böse, recht oder unrecht sei, niemals aber den Ausdruck eines bestimmten Willens bilden. Es erscheint mithin widersinnig, die Missbilligung des Unrechts auf den „Willen" des Gesetzes oder Gesetzgebers gründen zu wollen, wie dies Kitzinger und Löffler gleichmässig tun. Wohl mag ein billigendes oder missbilligendes

können Tiere und leblose Sachen niemals wahre Rechtsgenossen sein. Wohl aber haben wir bereits oben darauf hingewiesen, dass es nicht unzulässig ist, auch von Geboten und Verboten für Tiere zu reden; desgleichen, dass das Recht bisweilen seine Befehle auch an Nichtgenossen richtet. Dazu kommt, dass eine naiv-kindliche Auffassung öfters für leblose Dinge eine eigentümliche Lebendigkeit und in weiterer Ausführung dieses Gedankens sogar Schuld und Strafe in Anspruch genommen hat. Für alle Fälle endlich bleibt noch die Möglichkeit einer bewussten Fiktion. In der Tat bedarf es des letzteren Hülfsmittels überall, wo ein Recht Forderungen an Subjekte richten will, die selbst nur fiktiver Natur sind, oder

---

Urteil das Motiv für den gesetzgeberischen Willen abgeben; auch ist ganz wohl ein Wille denkbar, eine blosse Billigung oder Missbilligung auszusprechen oder von andern zu fordern. Allein nimmermehr wird dadurch die Billigung oder Missbilligung selbst zum Inhalt oder Ausfluss dieses Wollens. Es bleibt also nur die dreifache Möglichkeit: Entweder man nimmt an, das Gesetz wolle nichts weiter als ethische Urteile oder Überzeugungen aussprechen; oder man findet darin zwar eine Forderung an die Rechtsgenossen, aber nur dahingehend, dass sie gewisse Dinge billigen oder missbilligen sollen; oder endlich man gibt zu, dass das Gesetz selbst ein entsprechendes tatsächliches Verhalten verlangt. Über die Unzulässigkeit, ja Unbegreiflichkeit der ersten Annahme habe ich mich schon vor zwanzig Jahren ausführlich in meiner Polemik gegen Zitelmann (Kritik II, S. 282 ff.), später in kürzerer Zusammenfassung in Band I und II des vorliegenden Werkes, aber immer noch so eingehend geäussert, dass ich nichts Wesentliches hinzuzufügen weiss. Nicht berücksichtigt habe ich bisher die zweite Annahme; genauer betrachtet indessen dürfte diese noch viel weniger Beifall erlangen, als die erste. Zwar bekommt durch sie das Wort „verordnen" in der Einleitungsformel unsrer Gesetze wenigstens einen gewissen Sinn, der ihr vom blossen Standpunkte der ersten aus gänzlich abgeht. Aber anderseits liegt doch auch zu klar auf der Hand, dass ein Gesetz niemals bloss eine theoretische Billigung seiner eigenen Sätze bezw. die Missbilligung des darin Gemissbilligten verordnen will, sondern vielmehr ein entsprechendes praktisches Verhalten. So ist z. B. einem Strafgesetze zweifellos nicht genügt, wenn die in dem Vordersatze bezeichneten Handlungen von den Rechtsgenossen allgemein theoretisch gemissbilligt, aber trotzdem begangen werden, und umgekehrt die im Nachsatze enthaltene Strafdrohung zwar gebilligt, aber nicht zugleich von denen, die nach anderen Bestimmungen hierzu berufen sind, zur Ausführung gebracht wird. Damit sind wir aber unmittelbar bei der dritten Annahme angelangt, die wiederum nichts anderes ist, als die von uns vertretene Theorie von der Normen-Qualität alles Rechts und speziell von dem doppelten Normeninhalt jedes Strafgesetzes.

wo es m. a. W. Handlungen solcher Subjekte postuliert, indem es die tatsächlichen Handlungen lebendiger Menschen den von ihnen vertretenen ideellen Subjekten als ihre Handlungen in Rechnung bringt. Nur so ist es möglich — wenigstens nach der von mir stets vertretenen Anschauung von den juristischen Personen —, von dem rechtswidrigen Gebaren einer Körperschaft als solcher, insbesondere auch von völkerrechtswidrigen Handlungen eines Staates zu reden. Abgesehen indessen von diesem gewissen fiktiven Subjekten zuzurechnenden Unrecht kommen all die vorerwähnten Möglichkeiten nicht in Betracht für unser heutiges Recht, das dem Unbefangenen gar keinen Anlass bietet, ein rechtswidriges Verhalten von Tieren und leblosen Sachen anzunehmen.[9])

Ebensowenig beweist gegen unsere Ansicht der Einwand, dass das bloss objektive oder schuldlose Unrecht nicht nur in einem persönlichen Verhalten, sondern auch ausschliesslich in einem Zustande bestehen könne. Nicht als wenn ich leugnen wollte, dass man gewisse Zustände als rechtswidrige bezeichnen dürfe. Allein was sie als rechtswidrig erscheinen lässt, ist, genau besehen, niemals der Zustand als solcher, sondern immer und überall nur ein vorausgegangenes oder gleichzeitiges Tun oder Unterlassen. Ohne die in dem letzteren steckende Normen-Übertretung wäre auch der gleichzeitige oder nachfolgende Zustand kein rechtswidriger.[10])

---

[9]) Vergl. auch oben § 30, Nr. 2, sowie später die Ausführungen über Schuld und Zurechnung in §§ 40 ff.

[10]) Man kann hiergegen nicht geltend machen: es gäbe Rechtsnormen, die einfach aussprächen, dass etwas sein oder nicht-sein solle. Zwar sofern man auf den blossen Buchstaben der Gesetze sieht, wird das tatsächliche Vorkommen solcher Rechtssätze kaum zu bestreiten sein; die Frage ist nur: was ist die eigentliche Bedeutung solcher Rechtsvorschriften? Für einen göttlichen Willen darf man glauben, dass er unmittelbar den gewünschten Zustand herstellen könne nach dem Worte des Psalmisten: „So er spricht, so geschieht's; so er gebeut, so steht es da." Für jeden menschlichen Willen dagegen ist dergleichen offenbar unmöglich. Ein vernünftiger menschlicher Wille, dass etwas sein oder nicht-sein solle, ist immer bloss als ein mittelbarer denkbar, und zwar in zwiefacher Weise, nämlich: entweder als Wille, sich selbst so zu verhalten, dass dadurch der gewünschte Zustand hergestellt werde, oder als eine entsprechende Forderung an Andere. Als Inhalt einer Rechtsnorm kann natürlich nur die zweite Art von Willensinhalt gedacht werden; als

3. Der Ausdruck „Rechtsverletzung“ wird in einem zwiefachen Sinne gebraucht: einmal für die Verletzung der Rechtsnormen, der Gesetze, anderseits für die Verletzung von Rechtsansprüchen oder subjektiven Rechten. Die sprachliche Berechtigung beider Verwendungsweisen halte ich für unbestreitbar.[11]) Da wir jedoch statt des Ausdruckes „Rechtsverletzung“ im Sinne von „Rechtsnormenverletzung“ den noch bezeichnenderen der „Rechts- oder Normen-Übertretung“ haben, so werde ich in der folgenden Darstellung das Wort „Rechtsverletzung“ ausschliesslich in der zweiten Bedeutung gebrauchen.

Dies vorausgeschickt, können wir unser nächstes Beweisthema — in Übereinstimmung mit dem in Nr. 1 a. E. Gesagten — kurz dahin formulieren: Alles Unrecht ist nicht nur Normen-Übertretung, sondern zugleich Rechts- und Pflichtverletzung. Damit ist aber ein Doppeltes ausgesprochen:

I. Jede Rechtsnormen-Übertretung schliesst eine Rechts- und Pflichtverletzung in sich.

II. Jede Rechts- und Pflichtverletzung setzt zugleich eine Rechtsnormen-Übertretung voraus.

Wille der Rechtsgenossen ist auch die erste — gleichzeitig mit der andern zusammen — möglich. Immer aber ist es, in dem einen wie dem andern Falle, ein Verhalten lebendiger Wesen, ein Tun oder Unterlassen, durch welches die Herstellung des als letztes Ziel gedachten Zustandes vermittelt werden soll und auf welches allein eine Forderung des Rechts direkt sich richten kann.

[11]) Die mehr oder minder herbe Kritik, welche die Wortgebilde „Gesetzesverletzung“, „Rechtsverletzung“ usw. neuerdings bei Binding u. A. erfahren haben, beruht offenbar auf der Voraussetzung, dass „Verletzung“ eigentlich eine Verwundung oder Beschädigung bedeute. In der Tat findet diese Voraussetzung eine Stütze in den meisten Wörterbüchern der deutschen Sprache. Auch in dem Grimmschen Wörterbuche (XII, Sp. 779 und 782) lautet die erste Erklärung von „verletzen“ und „Verletzung“: „verderben, schädigen“; „Schädigen, Geschädigtsein“. Sieht man jedoch näher zu, was an letzterer Stelle (Sp. 779) über die Geschichte des Sprachgebrauches bemerkt wird, so bekommt die Sache ein wesentlich anderes Ansehen. Die älteste und noch im Mittelhochdeutschen gewöhnlichste Bedeutung von „verletzen“ oder ursprünglich „letzen“ ist danach: „etwas zu einem hintanstehenden machen, beiseite schieben.“ Zugleich wird daselbst ausdrücklich anerkannt, dass diese früheste Bedeutung auch im Neuhochdeutschen vorhanden sei. Nur aus ihr — so aber auch in leichtester Weise — erklärt sich die

Ein direkter Beweis dieser beiden Sätze ist allerdings schon in unseren wiederholten Ausführungen über das Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Rechte enthalten. Allein ebensogewiss stehen jener unserer Doppelposition noch immer zwei andere Ansichten gegenüber: Nach der einen gibt es Unrechtsfälle, in denen ausschliesslich eine Übertretung des objektiven Rechts, dagegen keine Verletzung subjektiver Rechte anzunehmen sei; nach der andern sollen umgekehrt Fälle vorkommen, wo zwar eine Verletzung subjektiven Rechts, dagegen keine Übertretung von Rechtsnormen sich konstatieren lasse. Es mag darum zur Befestigung und Empfehlung unserer eigenen Stellung dienen, wenn wir diese beiden gegnerischen Ansichten näher beleuchten und widerlegen.

Als Belege für die erste Gegenansicht werden teils die sogenannten Polizeidelikte und die Verletzung von blossen sogenannten Ordnungsvorschriften ins Feld geführt, teils einzelne bestimmte Verbrechenstatbestände, namentlich unter der gleichzeitigen Voraussetzung, dass die betreffenden Handlungen im Irrtum über die rechtlich wesentlichen Tatumstände vorgenommen worden sind, wie bei der „unbewussten Bigamie“ oder der „schuldlos blutschänderischen Ehe.[12]) Bei gründlicherer Erwägung halten jedoch alle diese Belege nicht Stich. Dass alle die fraglichen Rechtsnormen, deren Übertretung in den angegebenen Beispielen vorausgesetzt wird, für diejenigen, an welche sie sich richten, eine

Anwendung des Ausdrucks auf gewisse Arten geistiger Beeinträchtigung, Zurücksetzung usw., von welcher das Wörterbuch zahlreiche Belege, insbesondere aus unseren klassischen Schriftstellern gibt. Speziell „Gesetzesverletzung, Vertragsverletzung, Rechtsverletzung, Pflichtverletzung“ bedeuten hiernach ganz einfach: Hintansetzung, Beiseitelassung, Nichtachtung des Gesetzes, des Vertrags, des Rechts, der Pflicht; also genau dasselbe, was wir im heutigen juristischen Sprachgebrauche damit ausdrücken wollen.

[12]) Auf die an letzter Stelle genannten Unrechtsfälle hat insbesondere Kitzinger (a. a. O. S. 9) hingewiesen, der überhaupt die von uns hier zurückgewiesene Ansicht neuerdings am eingehendsten verteidigt hat. Freilich hat er sich seine Aufgabe zu leicht gemacht, indem er sich ausschliesslich gegen Binding wendet. Dass in den Fällen der unbewussten Bigamie und der schuldlos blutschänderischen Ehe keine „Verletzung des Herrscheranspruchs auf Botmässigkeit“ im Sinne Bindings selbst vorliegt, wird sich kaum bestreiten lassen. Wie wenig aber damit gegen unsere Auffassung bewiesen ist, wird die weitere Ausführung im Texte zeigen.

Rechtspflicht zur Beobachtung begründen, wird man schwerlich leugnen können. Eine Rechtspflicht aber ist nicht denkbar ohne einen korrespondierenden Rechtsanspruch; die Frage kann also nur sein: Wem steht dieser Rechtsanspruch zu und was ist sein Inhalt? Wir antworten: Unter allen Umständen steht ein Anspruch auf Befolgung der fraglichen Rechtsnormen, sofern diese staatsgesetzliche Normen sind, dem betreffenden Staate selbst zu. Darin steckt aber stets zugleich ein Anspruch aller Rechtgenossen, sei es aller zusammen gegen den Einzelnen, sei es jedes einzelnen Staatsgenossen gegen alle andern. Wie die letztberührte Alternative zu entscheiden und ob demgemäss infolge einer bestimmten Normen-Übertretung nur eine Verletzung des Anspruchs der Gesamtheit der Staatsgenossen oder, wie man dann immerhin sagen mag, ausschliesslich des Staates selbst anzunehmen ist oder vielmehr neben der Verletzung des Staatsanspruchs noch die Verletzung von Ansprüchen eines oder mehrerer bestimmter Staatsgenossen, das hängt wesentlich von dem Inhalte der übertretenen Rechtsnorm und allenfalls noch von der mit ihrer Aufstellung verknüpften Intention des Gesetzgebers ab. Denn wenn die durch die Norm begründete Pflicht keinen andern Inhalt haben kann, als Befolgung eben dieser Norm, so kann auch der korrespondierende Rechtsanspruch grundsätzlich auf nichts anderes gehen; auch der Hinweis auf die Intentionen des Gesetzgebers stellt nicht sowohl eine Ergänzung hierzu, als vielmehr nur eine Erklärung darüber vor, wie dieser Inhalt zu fassen ist.[13]) Welche Folgerungen hieraus

---

[13]) Die obigen Sätze ergeben sich unmittelbar aus unsern früheren Ausführungen über die Rechtsnormen als Inhalt von Rechtsverhältnissen, über das Wesen der Gesamtpersönlichkeit, über die beiden obersten Teilverhältnisse innerhalb des Staatsverhältnisses und die hierdurch bedingte Doppelnatur der Privatrechtsgesetze. Vergl. Band I, S. 156, 317, 330, Band II, S. 188 f.; desgleichen schon Kritik II, S. 175 Anm. und S. 253 Anm., sowie jetzt auch meine Abhandlung über Gesamtwille und Gesamthandlung in der Festgabe der Greifswalder Juristenfakultät für E. I. Bekker (1899), S. 8 f. Dass zu den gesetzlichen Privatrechtsnormen auch die in unseren Strafgesetzen voraus- und mitgesetzten primären Normen zu zählen sind, soweit sie „ihrem Inhalte nach als Ansprüche und Pflichten einzelner Rechtsgenossen gegeneinander sich denken lassen", habe ich ebenfalls bereits in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Band X, S. 267—69 ausgeführt.

speziell für die von den Vertretern der gegnerischen Ansicht herangezogenen Unrechtsfälle zu ziehen sind, darf vorläufig unerörtert bleiben, für unsern gegenwärtigen Zweck genügt die Erkenntnis, dass auch diesen Normen-Übertretungen eine Verletzung subjektiver Rechte — gleichviel nun, welcher — entspricht.

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergibt sich auch von selbst meine Stellung zu dem Gedanken Bindings, alle Rechtsnormen-Übertretung als Verletzung des Herrscher-Anspruchs auf Botmässigkeit zu charakterisieren. Ich lege hierbei nur wenig Gewicht darauf, dass Binding — entsprechend seiner einschränkenden Begriffsbestimmung der Normen-Übertretung — bloss eine schuldhafte Verletzung jenes Herrscher-Anspruchs kennt. Aus dem Begriffe eines „Anspruchs auf Botmässigkeit" ist dies nicht mit Notwendigkeit abzuleiten. Wenn man nur das — bereits in Nr. 2 von uns widerlegte — Vorurteil aufgibt, dass ein Gebot bloss schuldhaft, doloser oder fahrlässigerweise übertreten werden könne, so steht auch der Annahme einer schuldlosen Verletzung des Herrscher-Anspruchs auf Botmässigkeit, d. h. des Anspruchs darauf, dass dem Herrscher-Gebote gemäss gehandelt werde, durchaus nichts entgegen. In dieser erweiterten Fassung würde der Anspruch auf Botmässigkeit auch zur Not genügen, um den oben erwähnten Einwand zurückzuweisen, dass beispielsweise in einer schuldlos eingegangenen Doppelehe wohl eine Verletzung objektiven Rechts, aber schlechterdings keine Verletzung subjektiver Rechte vorliege. Allein aus anderen Gründen muss die Berufung auf diesen Einen, allgemeinen Herrscher-Anspruch als unbefriedigend erachtet werden. Einmal versagt dieser Anspruch vollständig für solche Rechtsnormen, die nicht Ausfluss eines Herrscherrechts sind; so vor allem für rein gewohnheitsrechtliche Normen und für alle Vertragsnormen als solche. Anderseits ist es einseitig und darum unrichtig, in der Übertretung von Gesetzen, Verordnungen usw. immer bloss eine Verletzung des allgemeinen, abstrakten Anspruchs auf Gehorsam zu erblicken und nicht vielmehr gleichzeitig auch die Verletzung zahlloser Einzelansprüche, die zu ihrem Inhalte die einzelnen übertretenen Normen haben und die jenem Einen, allgemeinen Rechtsanspruche genau so subordiniert sind, wie die einzelnen übertretenen Normen dem allgemeinen Rechtsgebote, dass Gesetze,

Verordnungen usw. von allen Rechtsgenossen zu beobachten sind.[14])

Ebensowenig haltbar ist die zweite oben erwähnte Gegenansicht, dass eine Verletzung subjektiver Rechte nicht notwendig eine Normen-Übertretung voraussetze oder in sich schliesse. Freilich erscheint dieselbe begreiflich, ja sogar relativ gerechtfertigt von einer Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts aus, wie sie noch immer weit verbreitet ist. Wenn man im subjektiven Rechte im Grunde genommen etwas schon vor aller rechtlichen Anerkennung Vorhandenes erblickt, das vom objektiven Rechte bloss gebilligt und eventuell geschützt wird, so ist von vornherein zuzugeben, dass auch zu dessen Verletzung nicht notwendig eine Rechtsnormen-Übertretung gehört. Es ist dabei auch ziemlich gleichgültig, ob man jenes schon vor der rechtlichen Anerkennung vorhandene Etwas als Macht, Interesse, Vermögen oder sonstwie charakterisiert. Wenn der Blitz ein Haus zerstört, ein Hagelwetter die Felder verwüstet, so kann man darin ebensowohl eine Macht- oder Vermögensminderung, als eine Interessenschädigung für den Eigentümer sehen. Folgerichtig müsste man hier also von einer durch Naturereignisse herbeigeführten „Rechtsverletzung" reden. In der Tatsache aber, dass dies dennoch keinem Unbefangenen einfällt, liegt ein gewichtiges Argument nicht nur gegen eine

[14]) Wenn man etwa glaubt, auch diese Auffassung durch eine Betrachtung widerlegen zu können, wie sie Hold v. Ferneck (a. a. O. S. 145) im Anschluss an Kessler macht: „es sei nicht gerechtfertigt anzunehmen, dass durch jede Prügelei wesentlich das Deutsche Reich verletzt werde", so würden wir vor allem darauf hinzuweisen haben, dass diese Bemerkung ein zwiefaches Missverständnis in sich schliesst. Einerseits nämlich wird darin das Deutsche Reich mit einem einzelnen Anspruche desselben verwechselt, anderseits der Begriff der Verletzung im Sinne von „Schädigung" mit dem Begriff der Verletzung im Sinne von „Hintansetzung, Nichtachtung, Beiseiteschiebung" (siehe oben Anm. 11). Dass das Deutsche Reich selbst „nicht durch jede Prügelei wesentlich geschädigt wird", leugnet kein Mensch. Allein ebensogewiss wird kein Unbefangener, sofern er überhaupt Rechtsansprüche des Staates anerkennt, bestreiten, dass hierzu auch ein Anspruch auf Gehorsam gegen seine Gesetze bezw. jeder diesem allgemeineren Anspruche subordinierte Anspruch auf Befolgung eines bestimmten Gesetzes gehört und dass ein solcher Anspruch in der Tat durch jede Gesetzesübertretung, also auch durch jede Prügelei verletzt, d. h. hintangesetzt oder nicht-geachtet wird.

Rechtswidrigkeit, die nicht zugleich Normwidrigkeit wäre, sondern zugleich gegen die bisher herrschende Lehre vom subjektiven Rechte. Gerade an ihr zeigt sich besonders deutlich, dass diese Lehre beruht auf einer Verwechselung der Zustände oder Güter, zu deren Erhaltung das Recht dienen soll, mit den subjektiven Rechten selbst, deren Verletzung, d. h. Hintansetzung oder Nichtachtung (vergl. oben Anm. 11) ohne gleichzeitige Normen-Übertretung nicht denkbar ist.[15])

Es kann darum gar nicht scharf genug betont werden, dass „Rechtsverletzung" und „Rechtsgüterverletzung" verschiedene Dinge sind: verschieden sowohl dem Objekt nach, als im Begriff der Verletzung. Objekt der „Rechtsverletzung" sind die verletzten, d. h. hintangesetzten, missachteten oder doch nicht-beachteten subjektiven Rechte oder Rechtsansprüche; Objekt der „Rechtsgüterverletzung" sind die verletzten, d. h. vernichteten oder wenigstens beschädigten, geminderten oder sonstwie beeinträchtigten Rechtsgüter.

Anderseits ist leicht zu erkennen, dass der Begriff der Rechtsgüterverletzung der umfassendere Begriff ist. Denn dass es Rechts-

[15]) Dieser Vorwurf trifft allerdings nicht die Darstellung Bindings, wenigstens nicht nach der zweiten Auflage seines Buches über „die Normen und ihre Übertretung". Wohl betont auch er (a. a. O. S. 306 f.), dass „die subjektiven Rechte weiter reichen, als die Normen wider ihre Verletzung" und demgemäss „die Rechtswidrigkeit weit über das Delikt hinausgreife", also nach seiner Auffassung des Delikts über die Übertretung von Rechtsnormen überhaupt. Allein diese Anschauung gründet sich bei ihm — abgesehen von einigen Einzelbeispielen, die am besten bei der Erörterung von Notwehr und Notstand in § 38 ihre Erledigung finden werden, — wesentlich auf die schon früher (oben Nr. 2) zurückgewiesene Identifizierung der schuldhaften Normen-Übertretung mit der Normen-Übertretung schlechtweg, nicht auf eine Verwechselung von Recht und Rechtsgut. Vielmehr hat Binding selbst (a. a. O. S. 329 ff.) offen den Unterschied zwischen Rechtsverletzung und Rechtsgüterverletzung anerkannt, wenn er auch den Begriff der ersteren schwerlich richtig bestimmt hat. Dagegen tritt die gerügte Verwechselung bezw. Vermengung bei andern Schriftstellern deutlich heraus; so wenn Merkel (Kriminalistische Abhandlungen I, S. 101) als Objekt der Rechtsverletzung alle Interessen und Güter bezeichnet, deren Integrität die Gesamtheit zu gewährleisten sich berufen findet. Ausserdem ist nicht zu übersehen, dass die Verwechselung bezw. Vermengung noch öfter eine versteckte ist, die sich nur — dem Schreibenden unbewusst — in gewissen Einzelausführungen geltend macht.

güterverletzungen gibt, die keineswegs Rechtsverletzungen sind, haben wir bereits gesehen; dagegen ist vernünftigerweise kein Recht denkbar, das nicht um eines Gutes willen da wäre, — also auch keine Rechtsverletzung, die nicht zugleich eine Rechtsgutsverletzung in sich schlösse. Zum mindesten enthält jede Rechtsverletzung auch eine Verletzung desjenigen Gutes, das als allgemeiner Zweck alles Rechts sich darstellt, nämlich der Sicherheit und Ordnung irgendeiner menschlichen Gemeinschaft. Freilich ist hieraus nicht etwa zu folgern, dass Rechtsgüterverletzung und Rechtsverletzung sich wie Gattung und Art verhalten; dies verbietet sich vielmehr nach dem über den Unterschied beider, insbesondere über die verschiedene Bedeutung von „Verletzung" Gesagten von selbst. Wohl aber kann man sagen, dass die Rechtsgutsverletzung eine allgemeine Erscheinung oder Funktion jeder Rechtsverletzung bilde, und daraus weiter die Möglichkeit ableiten, eine Systematik der Rechtsverletzungen und damit des Unrechts überhaupt auf Grund eines Systems der Rechtsgüter aufzubauen. Ob oder wieweit dies nicht bloss möglich, sondern wirklich empfehlenswert ist, bleibt natürlich eine weitere Frage, die erst später — in § 39 — ihre Erledigung finden kann.

4. Der eigentümliche Zusammenhang, in welchem eine kleinere oder grössere Zahl von Rechtsnormen, sowie die entsprechenden Rechtsansprüche und Pflichten stehen, die miteinander den Inhalt ein und desselben mehr oder weniger umfassenden Rechtsverhältnisses darstellen (vergl. § 12, Nr. 4, Bd. I, S. 193—200), bringt es mit sich, dass von der Übertretung einer einzigen hierzu gehörigen Rechtsnorm und der entsprechenden besonderen Rechtsverletzung stets zugleich in gewisser Weise auch das ganze Rechtsverhältnis mit ergriffen wird. Wir charakterisieren deshalb jedes Unrecht auch als eine Rechtsstörung, genauer als Störung eines Rechtsverhältnisses oder auch, namentlich im Hinblick auf gewisse höchst umfassende Rechtsverhältnisse oder Rechtsgemeinschaften, als Störung der Rechtsordnung.

Natürlich ist das Wesen dieser „Rechtsstörung" nicht etwa darin zu finden, dass die Übertretung einer bestimmten Rechtsnorm notwendig zugleich die indirekte Übertretung anderer zum betreffenden Rechtsverhältnisse gehöriger Rechtsnormen und ent-

sprechend die direkte Rechtsverletzung auch eine indirekte Verletzung anderer in dem Rechtsverhältnisse beschlossener Rechtsansprüche in sich berge. Wohl ist eine solche Schlussfolgerung, wie wir bereits in Nr. 3 gelegentlich erwähnt haben, überall da gerechtfertigt, wo die übertretene Norm einer bestimmten, aber allgemeineren Norm, der verletzte Anspruch also ebenfalls einem bestimmten, aber allgemeineren Anspruche subordiniert oder mindestens subsumierbar ist (vergl. § 6, Bd. I, S. 107 ff.). Hier ist in der Tat mit der Nichtachtung der spezielleren Einzelnormen und Einzelansprüche gleichzeitig — mindestens mittelbar — eine Nichtachtung auch der superordinierten oder auch nur supersumierbaren Normen und Ansprüche gegeben. Aber auch *nur da*. Und was nicht minder wichtig ist: Selbst wo jene Voraussetzungen zutreffen, ist mit der Nichtachtung der superordinierten Normen und Rechtsansprüche der Begriff der Rechts*störung* noch gar nicht eigentlich getroffen, geschweige erschöpft. Denn als „gestört" bezeichnen wir ja nicht den Inhalt oder gar den Ausdruck des Inhalts eines Rechtsverhältnisses (vergl. Bd. II, S. 6, Anm. 2 und S. 138 ff., Anm. 3) oder vollends nur ein Hauptstück davon, sondern vielmehr das Rechts*verhältnis selbst* als solches, wenn auch meist bloss in einer bestimmten Richtung.

Was wir wirklich mit der Störung eines Rechtsverhältnisses meinen, wird vielleicht am deutlichsten, wenn wir vergleichsweise an die Störung einer mehr oder weniger komplizierten Maschine denken. Um eine Art von Mechanismus handelt es sich ja hier wie dort; nur dass im einen Falle geistige, im andern Naturkräfte darin wirksam werden. Nun nennen wir „Störung" bei einer Maschine jede ihrer planmässigen Wirksamkeit fremde, wenn auch nur auf einen einzigen kleinen Teil beschränkte Einwirkung, sofern sich diese bei näherer Betrachtung regelmässig als eine *Hemmung* oder als eine *Veränderung ihrer Wirksamkeit*, häufig auch als *beides* zugleich, nur in verschiedenen Beziehungen, charakterisiert. Es liegt mithin nahe, ebenso als Störung eines Rechtsverhältnisses jede dessen Zwecke widersprechende Einwirkung zu kennzeichnen, sofern dadurch ebenfalls eine Hemmung oder Veränderung in seiner Wirksamkeit eintritt; oder m. a. W. jede Einwirkung, die zur Folge hat, dass das Rechtsverhältnis nicht so

funktioniert, wie es soll, d. h. dem Verpflichteten nicht den genügenden Antrieb zur Erfüllung seiner Pflicht, dem Berechtigten nicht die normale Befriedigung seines Anspruchs bietet. Und eine solche Einwirkung liegt offenbar in jeder einzelnen Rechtsverletzung. Am deutlichsten allerdings tritt dieselbe da heraus, wo nicht bloss eine Hemmung, sondern zugleich eine Veränderung des Rechtsverhältnisses infolge der Rechtsverletzung sich vollzieht. Denn gleichwie in der Veränderung der Wirksamkeit einer Maschine niemals bloss die erfolgte Einwirkung, sondern stets zugleich die Reaktion der Maschine selbst und zwar in ihrer Totalität (nicht bloss eine Reaktion des unmittelbar betroffenen Teils) sich kundgibt, so auch in der Veränderung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses nicht bloss die Wirkung des Unrechts an sich, sondern zugleich die Reaktion des ganzen Rechtsverhältnisses, der ganzen Rechtsordnung wider das Unrecht. Damit ist schon vorläufig der Punkt bezeichnet, wo später die Lehre von der Rechtsbewährung im engern Sinne (Abschnitt V) einzusetzen hat.

Übrigens versteht sich von selbst, dass die Störung eines Rechtsverhältnisses, das einem andern, umfassenderen subordiniert oder auch nur subsumierbar ist, stets zugleich eine Störung des letzteren, superordinierten oder supersumierten Rechtsverhältnisses in sich schliesst. Nur ist hier zu beachten, dass das Maass der Störung ein sehr verschiedenes ist. Was für das subordinierte Rechtsverhältnis eine schwere Hemmung seiner Wirksamkeit darstellt, ja unter Umständen bis zur Vernichtung sich steigert, bedeutet für das superordinierte Rechtsverhältnis, zumal für ein so zahllosen Rechtsverhältnissen übergeordnetes, wie das des Staates, regelmässig bloss eine so minimale Störung, dass wir davon gar keine Erschütterung des Rechtsbestandes zu verspüren meinen. Und dazu kommt noch ein Zweites. Wenn auch von einem verschiedenen Grade der Normen-Übertretung oder Rechtsverletzung als solcher eigentlich nicht die Rede sein kann, sondern immer bloss von einer Verschiedenwertigkeit der übertretenen Normen oder der verletzten Ansprüche (vergl. § 8, Bd. I, S. 133 ff., insbes. Nr. 6, S. 141 ff.) und, wie wir später noch zu erörtern haben, von einer Verschiedenartigkeit der Schuld, so kann es doch ebensowenig einem Zweifel unterliegen, dass gerade mit Rücksicht auf die Ver-

schiedenwertigkeit der Normen und Ansprüche, deren Verletzung in Betracht kommt, regelmässig auch das Maass der Rechtsstörung innerhalb eines Rechtsverhältnisses, dem all die verletzten Normen oder Ansprüche zugehören, grösser oder geringer erscheinen muss. Der beste Beweis dafür liegt wieder in dem verschiedenen Maasse der Reaktion, welche die betreffende Rechtsordnung für die verschiedenen Fälle der Störung vorsieht.

§ 38.

Die Tatsache der Rechtswidrigkeit ist völlig unabhängig von allen etwa daran geknüpften Rechtsfolgen; sie wird auch nicht ohne weiteres aufgehoben durch die gesetzliche Erklärung, dass unter gewissen Voraussetzungen eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei.

Dagegen wird in der Tat die Rechtswidrigkeit selbst ausgeschlossen durch die Existenz von Rechtsnormen, die im gegebenen Falle ein Handeln gebieten oder wenigstens erlauben, das ohne eine derartige besondere Rechtsvorschrift — nach der allgemeinen Fassung anderer Rechtsnormen — rechtswidrig sein würde.

1. Dass die Frage nach der Rechtswidrigkeit eines gewissen Tuns oder Unterlassens streng zu scheiden ist von der Frage nach dessen Rechtsfolgen, ergibt sich im allgemeinen schon aus der Erwägung, dass die Folgen, die ein Recht an rechtswidrige Handlungen knüpft, durchaus nicht ausschliessliche Unrechtsfolgen darstellen. So begegnet uns die Entstehung einer Schadenersatzpflicht nicht selten als Rechtsfolge von Vorgängen, in denen gar keine Rechtsübertretung, keine Rechtsverletzung, keine Rechtsstörung erblickt werden kann: sei es auf Grund eines Versicherungsvertrags irgendwelcher Art, sei es infolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen, z. B. für Betriebsunfälle in Fabriken usw. Ja sogar die Zulässigkeit der gerichtlichen Klage ist nicht notwendig bedingt durch ein zu behauptendes vorausgegangenes Unrecht; zum mindesten eine Feststellungsklage ist ganz ohne solches denkbar.

Aber auch da, wo eine Rechtsfolge wirklich als spezifische Unrechtsfolge angesehen werden muss, ist aus der Tatsache der-

artiger Rechtsfolgen immer bloss ein Beweis für das Vorliegen eines Unrechts zu entnehmen, dagegen keineswegs ein Beweis gegen die Rechtswidrigkeit von Handlungen, die keine solchen Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Es ist bereits öfters, auch im vorliegenden Werke — vergl. insbesondere Band I, Seite 135 — darauf hingewiesen worden, dass in unserer modernen Gesetzgebung, namentlich in der Strafgesetzgebung im engeren Sinne, die primären Rechtsnormen, gegen deren Übertretung eine Strafsatzung sich richtet, regelmässig nicht besonders zum Ausdruck gebracht, sondern nur in dem ersten Teile der sekundären Norm — und als notwendige Voraussetzung dieser — stillschweigend mitgesetzt sind. Wir können diese Beobachtung noch allgemeiner und zugleich präziser so formulieren: Jede Strafsatzung, die nicht ausdrücklich auf eine ausser ihr liegende, schon bestehende oder erst zu schaffende, primäre Rechtsnorm verweist, schliesst diese primäre Norm inhaltlich selbst in sich. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich unmittelbar aus dem Begriff der Strafe. Denn wie sehr auch die Meinungen über Wesen und Zweck der Strafe auseinandergehen mögen, darüber herrscht doch volle Übereinstimmung, dass die Rechtsfolge der Strafe immer nur unter Voraussetzung eines Unrechts denkbar ist.

Natürlich lässt sich diese Erkenntnis auch negativ ausdrücken: Was nicht rechtswidrig ist, kann auch nicht strafbar sein. Nur erweckt die letztere Fassung leicht den Anschein, als wenn die Rechtswidrigkeit eines gewissen Tuns oder Unterlassens schon vorher feststehen müsse, ehe von Strafbarkeit die Rede sein könne, während in Wirklichkeit Verbot und Strafdrohung nicht selten in denselben Zeitpunkt fallen und bisweilen — bei den sogenannten Blankettstrafgesetzen — die primären Normen sogar ganz oder teilweise als erst zukünftige vorausgesetzt werden.

Schlechterdings unrichtig wäre es dagegen, in der obigen Formel Subjekt und Prädikat zu vertauschen und demnach zu sagen: Was nicht strafbar sei, könne auch nicht rechtswidrig sein. Einmal gibt es, wie wir schon wiederholt erörtert haben, zahlreiche Rechtsnormen, deren Übertretung entweder überhaupt keine Rechtsfolge oder doch wenigstens keine Strafe nach sich zieht. Anderseits erscheint die Strafbarkeit der im allgemeinen zweifellos mit Strafe

bedrohten Handlungen unter gewissen Umständen als ausgeschlossen, ohne dass dadurch stets auch die Rechtswidrigkeit dieser Handlungen als verneint angesehen werden dürfte.

Von dem ersteren Gesichtspunkte aus können wir das gesamte Unrecht in zwei grosse Massen teilen: strafbares und nicht-strafbares Unrecht. Freilich ist hiermit, bei Lichte betrachtet, nichts weiter gesagt, als dass das positive Recht oder, wenn man lieber will, die Recht-schaffenden oder Recht-anerkennenden Faktoren für den einen Teil von Rechtsnormen die Androhung von Strafe für angezeigt erachtet haben, für den anderen nicht. Aber die Einteilung ist wenigstens klar und unzweideutig, was sich der ungleich beliebteren Unterscheidung von Kriminal- und Civilunrecht innerhalb unseres heutigen Sprachgebrauches keineswegs nachrühmen lässt. [1])

Die weitere oben angeführte Tatsache tritt am schärfsten heraus bei den sogenannten Strafaufhebungsgründen, z. B. der „tätigen Reue“ oder dem Ablauf einer gewissen Verjährungszeit. Dass durch Umstände, die erst nach einer bereits begangenen Tat eintreten, die Rechtswidrigkeit der letzteren nicht wieder beseitigt, diese nicht nachträglich noch zu einer rechtmässigen gemacht werden kann, liegt auf der Hand. Wohl kann eine rechtswidrige und darum zugleich rechtlich unwirksame Handlung unter Umständen nachträglich Rechtswirksamkeit erlangen; allein die Tatsache, dass die Handlung an und für sich eine rechtswidrige

---

[1]) Eine längere Auseinandersetzung über die letztere Unterscheidung halte ich z. Z. für müssig. Wohl aber glaube ich dieselbe möglichst vermeiden und vor allem betonen zu sollen, dass sie mit unserer Unterscheidung von strafbarem und nicht-strafbarem Unrecht nicht vermengt, geschweige denn identifiziert werden darf. Einerseits ist der Begriff des Kriminalunrechts, wie man ihn auch im übrigen definieren mag, unter allen Umständen enger, als der des strafbaren Unrechts: nicht nur das bloss mit Disziplinarstrafe zu ahndende Unrecht, sondern auch das Polizeiunrecht wird regelmässig vom Kriminalunrecht getrennt, während offenbar alle zusammen nur verschiedene Arten des strafbaren Unrechts darstellen. Anderseits pflegt man das mit blosser Privatstrafe bedrohte oder gar nur durch Konventionalstrafe ausgezeichnete Unrecht dem Civilunrecht zuzuzählen, während es sich nach unserer, später noch näher zu begründenden Auffassung um eigentümliche Arten des strafbaren Unrechts handelt.

war, ist weder damit, noch überhaupt aus der Welt zu schaffen. Nicht so einfach steht allerdings die Sache bei den übrigen Strafausschliessungsgründen im weiteren Sinne. Sofern hierunter — in Übereinstimmung mit der Sprache unserer Gesetzgebung und Praxis — schlechtweg alle Tatsachen verstanden werden, durch welche im konkreten Falle die Strafe rechtlich ausgeschlossen erscheint, bedarf es insoweit, als diese Tatsachen bereits im Moment der fraglichen Handlung selbst vorliegen müssen, noch einer besonderen Prüfung, ob dadurch bloss die Strafe oder nicht vielmehr schon die Schuld oder endlich sogar die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden soll.

2. Die letzterwähnte Frage, welche Bedeutung eigentlich einem bestimmten Strafausschliessungsgrunde — im weiteren Sinne, jedoch abgesehen von den oben bereits erledigten Strafaufhebungsgründen — zukomme, ist selbstverständlich nur vom Standpunkte des maassgebenden positiven Rechts aus zu beantworten. Immerhin hat dieselbe auch für unsere gegenwärtige Untersuchung ein nicht unerhebliches Interesse.

Fürs erste kann eine allgemeine Anleitung zu ihrer Beantwortung nur durch eine juristische Prinzipienlehre gegeben oder m. a. W. nur aus einer bestimmten Anschauung vom Wesen des Rechts überhaupt abgeleitet werden. Und zwar entnehmen wir dieselbe vor allem aus unsern früheren Untersuchungen über die verschiedenen Arten der Rechtsnormen. Einmal weisen uns die Erörterungen über den Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Rechtsnormen (Bd. I, S. 71 ff.)[2] auf eine zwiefache Möglichkeit hin, wie eine Rechtsvorschrift nicht bloss unter

[2]) Vielleicht ist es nicht ganz überflüssig, bei dieser Gelegenheit die Einwürfe, die Höpfner (Einheit und Mehrheit der Verbrechen, S. 127 ff., Anm. 1) wider meine Auffassung der „unselbständigen Rechtsnormen" erhoben hat, kurz zurückzuweisen. Was daran richtig ist — dass ein im Gesetze stehender Satz oftmals nur in Verbindung mit andern Sätzen seine Bedeutung für die Rechtsordnung zeige, dass es in zahlreichen Fällen möglich sein würde, die unselbständigen Rechtssätze durch Einschiebsel in den selbständigen Rechtsnormen zu ersetzen usw. —, habe ich selbst schon so deutlich als möglich (Bd. I, S. 87 ff. und insbes. Kritik II, S. 27 ff.) ausgeführt. Sachlich besteht daher zwischen Höpfner und mir eine viel grössere Übereinstimmung, als er zu meinen scheint. Die Annahme zumal, die er bezüglich der doppelten

bestimmten Voraussetzungen die Strafe oder überhaupt die Verantwortlichkeit für ein im allgemeinen strafbares Tun oder Unterlassen, sondern sogar die Rechtswidrigkeit dieses Tuns oder Unterlassens auszuschliessen vermag. Wo eine selbständige Rechtsnorm speziellerer Art ein bestimmtes Verhalten gebietet, das nach einer allgemeineren Norm als verboten erscheint, da liegt offenbar nicht eine Kollision sich widersprechender Pflichten, sondern

---

Bedeutung des Ausdrucks „Rechtssatz" macht, deckt sich in gewisser Weise geradezu mit meiner Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Rechtsnormen. Eine wesentliche Differenz zwischen uns besteht nur insofern, als Höpfner die Bedeutung der Form, der sprachlich-logischen Gestaltung der Rechtssätze allzusehr unterschätzt. In Wahrheit handelt es sich regelmässig nicht um blosse Satz-Stücke, sondern um wahre Sätze. Ja, vom Standpunkte der Logik aus angesehen, sind dies sogar die meisten entsprechenden Einschiebsel in Ge- oder Verboten; auch der „Zwischensatz" ist, logisch betrachtet, ein Satz. Die Frage kann darum einzig die sein: Was für Sätze sind die unselbständigen Rechtssätze? Sind es Urteile oder Imperative? Theoretische oder tatsächliche Erklärungen, also Aussagen, die auf ihre Wahrheit oder Richtigkeit geprüft werden können und müssen, oder vielmehr Anordnungen, die beobachtet sein wollen, Aussprüche mit bindender Kraft für die, an welche sie sich richten, also Forderungen an den Willen aller oder auch nur gewisser Rechtsgenossen? Die Antwort hierauf aber kann nicht zweifelhaft sein. Schon die Eingangsformel des Gesetzes: „Wir ... verordnen ..., was folgt", deutet darauf hin, dass das Gesetz in allen seinen Teilen, soweit solche überhaupt rechtliche Geltung beanspruchen, Verordnungsnatur, d. h. imperativische Natur hat. Aber auch Höpfner selbst gibt zu, dass Sätze, die in einem Gesetze stehen, „selbstverständlich" — ich sage meinesteils bloss: „in der Regel" — „einen für die Rechtsordnung bedeutsamen Inhalt haben". Worin soll nun diese Bedeutsamkeit bestehen, wenn nicht darin, dass sie Beobachtung fordern von den dem Gesetze Unterworfenen? Gerade darin aber — und nur darin — liegt doch das Wesen des Imperativs. Und ebendarum gibt es zweifellos auch eine Übertretung oder Verletzung unselbständiger Rechtssätze. Wenn H. hiergegen bemerkt: „der Richter, der ein aufgehobenes Gesetz anwende, handle nicht wider das aufhebende Gesetz, sondern er fehle nur dadurch, dass er so handle, als ob eine nicht existierende Norm existierte", so heisst das doch den wahren Sachverhalt völlig auf den Kopf stellen. Denn da alles Unrecht einen Widerspruch mit dem wirklich existierenden Rechte voraussetzt, so kann die Anwendung einer „nicht-existierenden Norm" immer nur Unrecht sein, wo und weil darin ein Widerspruch zu wirklich existierenden Rechtsnormen, also im gegebenen Falle zu den das ältere Gesetz ganz oder teilweise aufhebenden Rechtsnormen liegt. Ganz ebenso steht die Sache mit dem andern von H. herbeigezogenen Notwehr-Beispiel.

einfach eine Beschränkung der allgemeineren Norm durch die speziellere vor; soweit also jemand in Gemässheit der spezielleren Norm handelt, kann auch von einer Übertretung der allgemeineren nicht die Rede sein, da letztere ja eben für diesen speziellen Fall keine Geltung haben soll. Wesentlich das gleiche gilt, wo eine unselbständige, genauer, eine verneinende bezw. erlaubende Norm unter besonderen Voraussetzungen ein Handeln gestattet, das sonst als rechtlich verboten sich darstellen würde.[3]) Anderseits folgern wir aus unsern Betrachtungen über super- und subordinierte Rechtsnormen (Bd. I, S. 107 ff.), dass eine solche Ausschliessung der Rechtswidrigkeit oder, was der Sache nach dasselbe besagt,

---

[3]) Dass für die gegenwärtige Erörterung die einfach aufhebenden und verweisenden Rechtssätze gar nicht, die sogenannten begriffsentwickelnden aber höchstens insoweit in Betracht kommen, als sie zugleich eine sachliche Einschränkung, also eine partielle Verneinung anderer Rechtsnormen enthalten, bedarf wohl keiner besondern Ausführung. Ob man dagegen jene einschränkenden — unselbständigen oder selbständigen — Rechtsnormen bezw. die danach als rechtmässig erscheinenden Tatbestände als Ausnahmen kennzeichnen oder vielmehr als ganz normale Fälle betrachten will, hängt teils von dem besondern Inhalt der fraglichen Normen, teils und hauptsächlich von dem Standpunkte ab, von wo aus man jene Normen und Tatbestände ins Auge fasst. Geht man aus von den Forderungen des Rechts überhaupt und dem diesen Forderungen entsprechen sollenden Rechtsleben, so treten uns die gesamten rechtswidrigen Handlungen als Ausnahmen entgegen. Geht man umgekehrt aus von dem im Texte erörterten Gegensatze zwischen gewissen einschränkenden und den hierdurch eingeschränkten Rechtsnormen, so erscheinen uns die ersteren als zusätzliche Ausnahmebestimmungen von den letzteren; und ebenso stellen sich, wenn man, statt vom Begriff des Rechts, vielmehr von dem der Rechtswidrigkeit ausgeht, die nur scheinbar gewissen Rechtsnormen widersprechenden, bei näherer Betrachtung aber rechtmässigen Handlungen als Ausnahmefälle dar. Bedenkt man nun, dass die Strafrechtswissenschaft grundsätzlich mit Rechtswidrigkeiten zu tun hat, so verfährt sie durchaus korrekt, wenn sie von den rechtmässigen Handlungen nur insoweit handelt, als es notwendig ist, um einen gewissen Schein der Rechtswidrigkeit von ihnen abzuwehren: also in der Tat nur als von gewissen Ausnahmefällen, wie gross oder gering auch deren Zahl sein mag. Und darum ist der Vorwurf, den deshalb Torp (Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. XXXIII, S. 84 ff.) im Namen der „nordischen Strafrechtswissenschaft" gegen die deutsche erhoben hat, unter allen Umständen als unbegründet abzulehnen. Denn selbst wenn wir der Behauptung Torps (S. 96) zustimmen müssten, dass „über die Rechtmässigkeit der Handlung das auf den Erfahrungen des Lebens gegründete allgemeine

eine Beschränkung von Rechtsnormen durch andere — selbständige oder unselbständige — Rechtsnormen immer nur unter der Bedingung denkbar ist, dass die beschränkenden Normen gleicher oder höherer Ordnung sind, als die dadurch zu beschränkenden.

Zum zweiten ist gerade die Durchprüfung der wichtigsten einzelnen Strafausschliessungsgründe im weiteren Sinne wohl geeignet, uns neue und besonders wertvolle Belege für die Richtigkeit unserer Überzeugung zu liefern, dass es ebensowenig eine Rechtsübertretung ohne Rechtsverletzung, wie eine Rechtsverletzung ohne Rechtsnormenübertretung gibt, und dass demgemäss auch überall, wo die eine als ausgeschlossen erscheint, auch von der andern keine Rede sein kann.

(vernünftige) Urteil entscheide, ob sich die Handlung unter Berücksichtigung sämtlicher bei deren Vornahme vorliegender Umstände als angemessen (objektiv vernünftig) erweise", so würden wir doch darin im günstigsten Falle die Konstatierung eines eigentümlich umfassenden „erlaubenden Rechtssatzes" erblicken, dessen Anwendung in gewissen — verhältnismässig seltenen — Fällen eine Handlung als rechtmässige erscheinen lässt, die auf den ersten Anblick alle Begriffsmerkmale eines Delikts in ihrem tatsächlichen Bestande zu vereinigen scheint. In Wahrheit ist aber auch jene Charakteristik der „Rechtmässigkeit" einer Handlung höchst bedenklich. Ja, einem deutschen Juristen muss sie als schlechtweg unjuristisch erscheinen, da unser positives Recht gar keine Stütze für die Annahme eines so vagen Rechtsgrundsatzes darbietet. Ob sich ein solcher aus den „nordischen Rechten" ableiten lässt, vermag ich nicht mit Bestimmtheit zu entscheiden; aber der von Torp selbst (S. 104) citierte Paragraph des norwegischen Strafgesetzbuches dürfte weit mehr gegen, als für ihn sprechen. Ebensowenig stichhaltig erscheinen mir die wiederholten Angriffe, die neuerdings Hold v. Ferneck (die Rechtswidrigkeit, I., S. 291 f., 355, 391) gegen die gemeine Meinung gerichtet hat, dass alle oder doch die meisten Rechtsnormen „Normen mit Ausnahmen" seien. Man versuche es nur einmal ernstlich, auch nur eine einzige allgemeinere Rechtsnorm so zu formulieren, dass ihr wirklich ausnahmslose Geltung zugesprochen werden kann. Nehmen wir z. B. die Norm: „Du sollst nicht töten!" Gewiss ist es möglich, in diese Formel sogleich Zusätze aufzunehmen, durch welche besondere, beschränkende Normen — wie das Gebot der Tötung für den Henker, Soldaten usw. — überflüssig gemacht werden. Aber was enthalten denn derartige Zusätze anders, als ebenfalls „Ausnahmen" von der vorher oder nachher allgemeiner formulierten Regel? Ganz zu vermeiden ist das bloss, wenn man sich die Norm für jeden einzelnen Fall besonders zuschneidet; aber das ist dann nicht mehr die Norm des Rechts überhaupt oder des Gesetzes, sondern vielmehr eine hieraus abgeleitete Norm, das Resultat der Rechtsanwendung.

3. Am deutlichsten tritt der Ausschluss der Rechtswidrigkeit bei der ersten der beiden in Nr. 2 bezeichneten Kategorien hervor. Die durch solche speziellere gebietende Rechtsnormen herbeigeführte Unanwendbarkeit der dadurch beschränkten allgemeineren verbietenden Normen erscheint so selbstverständlich, dass die Strafgesetzgebung meist ganz darauf verzichtet hat, auf derartige Ausnahmefälle besonders hinzuweisen. Allerdings kann man in der Einschaltung von Worten, wie „rechtswidrig", „widerrechtlich" u. ä. in manche Strafsatzungen eine allgemeine Bezugnahme auf die Möglichkeit solcher Ausnahmen finden. Allein darüber, was für Ausnahmen das sind, geben nicht bloss jene Strafvorschriften selbst, sondern überhaupt die bezüglichen Strafgesetzbücher regelmässig gar keinen Aufschluss. Und ausserdem begegnen uns zahlreiche andere Strafsatzungen, die auf den ersten Anblick — sofern man rein auf ihren Wortlaut achtet — gar keine Ausnahmen zuzulassen scheinen; ja, gerade die schwersten gehören hierher. Trotzdem hat, abgesehen von einigen ganz vereinzelt dastehenden Sonderlingen, noch niemand daran gezweifelt, dass beispielsweise die Strafbestimmungen über vorsätzliche Tötung nicht Anwendung finden dürfen auf den Soldaten, der nichts anders tut, als seine militärischen Pflichten im Kriege oder auf Posten erfüllt, auf den Scharfrichter oder andere bei der ordnungsmässigen Vollstreckung eines Todesurteils Beteiligte usw.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, alle möglichen Rechtsnormen, die durch Konstituierung von besonderen Pflichten der gedachten Art eigentümliche Ausnahmen von andern, allgemeineren Rechtsnormen begründen, hier im einzelnen vorzuführen. Allenfalls könnten wir bemerken, dass es sich dabei hauptsächlich um Amts-, Dienst- oder Berufspflichten handelt. Aber unbedingt nötig erscheint dies nicht; und was das wichtigste ist, die einschlagenden Sondernormen und deren maassgebender Inhalt lassen sich in jedem Falle nur aus dem gerade in Betracht kommenden bestimmten positiven Rechte entnehmen.[4]) Dies ist insbesondere auch zu beachten bei

[4]) Hiermit ist natürlich nicht gesagt, dass diese Sondernormen uns stets gesetzlich formuliert entgegentreten müssten. Es ist vielmehr gar nicht ausgeschlossen, dass manche von ihnen nur durch Schlussfolgerung oder Analogie gewonnen oder auch dem Gewohnheitsrechte entnommen werden. So wird z. B.

der Frage, inwieweit der Befehl eines Vorgesetzten die Rechtswidrigkeit oder wenigstens die Schuldbarkeit oder gar bloss die Strafbarkeit eines gewissen Tuns für den Untergebenen ausschliesst bezw. nicht ausschliesst. Ja, die Antwort hierauf wird sogar innerhalb desselben positiven Rechtes regelmässig verschieden ausfallen je nach der Verschiedenartigkeit der Umstände. Nicht nur hängt die Rechtsverbindlichkeit eines Befehls, auf die es in erster Linie ankommt,[5]) von der verschiedenen rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zwischen Vorgesetzten und Untergebenen ab; auch die Bedeutung des rechtsverbindlichen Befehls im Hinblick auf

---

eine bedingte Pflicht des Geburtshelfers zur Perforation des Kindes immer nur auf einem dieser Wege begründet werden können. Die Bestimmungen über Notwehr und Notstand in B. G. B. 227/228 und Str. G. B. 53/54 sind offenbar nicht direkt anwendbar. Höchstens lässt sich eine gewisse Analogie zur Notwehrhandlung eines Dritten gegenüber dem Angriffe eines Unzurechnungsfähigen oder zur Notstandshandlung eines Angehörigen herauskonstruieren. Einfacher und richtiger jedoch dürfte es sein, einen Gewohnheitsrechtssatz anzunehmen, nach welchem jene Verpflichtung eintritt, wo nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft das Leben der Mutter in anderer Weise nicht erhalten werden kann. Jedenfalls wird es heute kaum einen gewissenhaften Arzt geben, der sich nicht unter den gedachten Umständen für verpflichtet erachten würde; und dass dementsprechend bereits seit langem in zahlreichen Fällen und zwar in Übereinstimmung mit der allgemeinen Volksanschauung verfahren worden ist, kann ebensowenig bezweifelt werden.

[5]) Der nicht-rechtsverbindliche Befehl spielt natürlich bei der Frage nach der Rechtswidrigkeit einer Handlung gar keine Rolle. In der Regel schliesst er nicht einmal Schuld und Strafe für den Untergebenen aus. Allerdings müssen da, wo er etwa in Verbindung mit lebensgefährlicher Drohung oder tatsächlichem Irrtum auftritt, die Bestimmungen in den §§ 52 und 59 des Str. G. B. Anwendung finden; aber der eigentliche Straf- oder Schuldausschliessungsgrund liegt dann nicht im Befehl, sondern in den vorgenannten, damit zusammenhängenden Umständen. Ebensowenig interessiert uns hier die Bedeutung des Befehls als eines etwaigen Strafmilderungsgrundes. Eher möchte darauf hinzuweisen sein, dass der entschuldbare Rechtsirrtum über einen an sich nicht-rechtsverbindlichen Befehl Schuldausschliessung begründen kann. Allein diese Tatsache hängt wieder aufs engste mit der Wirkung rechtsverbindlicher Befehle zusammen; ohne die letztere würde auch von einer besonderen Behandlung des Rechtsirrtums bei an sich nicht-rechtsverbindlichen Befehlen nicht die Rede sein. Vergl. hierzu van Calker, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen (1891), S. 23 ff.

andere, wirklich oder scheinbar widersprechende Rechtsnormen ist durchaus nicht immer dieselbe. Wenn der Befehl selbst nicht wahrhaft rechtswidrig, vielmehr der Widerspruch mit irgendwelcher andern Rechtsnorm nur ein scheinbarer, durch den Befehl selbst rechtskräftig beseitigter ist, da kann natürlich auch die Vollziehung des Befehls als solche nicht rechtswidrig sein. So liegt die Sache überall, wo die zu beseitigende oder doch zu beschränkende Norm ihrer ganzen Natur nach so geartet ist, dass sie von dem betreffenden „Vorgesetzten" jederzeit aufgehoben werden kann; desgleichen aber auch da, wo der Befehl auf eine superordinierte Rechtsnorm sich gründet, die ihrerseits gegenüber der anscheinend widersprechenden aufhebende Kraft und zugleich einen entsprechenden derartig bedingten Inhalt hat, dass der Befehl als Erfüllung der Bedingung erscheint. Den letzteren Charakter tragen z. B. alle in Gemässheit des Gesetzes erlassenen Haftbefehle, Strafvollstreckungsbefehle usw. Wo dagegen der Befehl des Vorgesetzten wirklich rechtswidrig ist, wo er nicht eine rechtswirksame Verneinung (Aufhebung, Beschränkung) der widersprechenden Rechtsnorm und ebendarum eine Übertretung derselben darstellt, da ist notwendig die nach dem Befehle vollzogene Handlung ganz ebenso rechtswidrig, wie dieser. Auch die Rechtsverbindlichkeit des Befehls für den Untergebenen oder, was dasselbe besagt, die im gegebenen Falle vorliegende Gehorsamspflicht des letzteren, die bei gewissen — namentlich militärischen — Befehlen sogar eine unbedingte sein kann, vermag nichts hieran zu ändern; nur die persönliche Verantwortlichkeit des Untergebenen erscheint insoweit ausgeschlossen, als jene Gehorsamspflicht reicht, d. h. soweit das betreffende positive Recht selbst, dem die übertretene Norm angehört, den Gehorsam gegen den Befehl des Vorgesetzten höher stellt, als die dadurch übertretene Norm.[6])

---

[6]) Mit andern Worten: Es besteht in dem zuletzt besprochenen Falle eine ganz unleugbare Pflichtenkollision. Aber sie hat das Eigentümliche — und unterscheidet sich dadurch in charakteristischer Weise u. a. von der Kollision zwischen staatlichen und kirchlichen Pflichten —, dass sie in ein und demselben Rechte ihren Grund hat und demgemäss auch in diesem Rechte insofern eine Lösung findet, als dieses im gegebenen Kollisionsfalle die Gehorsamspflicht vor der andern befolgt wissen will. Der Widerspruch mit

4. Ungleich mehr umstritten erscheinen die Ausnahmen von der zweiten Art, deren wir in Nr. 2 vorläufig gedacht haben, das will sagen: die Voraussetzungen, unter denen eine Abweichung von der allgemeineren gesetzlichen Regel zwar nicht geboten, wohl aber rechtlich erlaubt ist.

In Betreff der Notwehr hat sich allerdings bereits seit längerer Zeit eine feste herrschende Meinung herausgebildet. Dieselbe liegt aller Wahrscheinlichkeit nach dem § 53 des Str. G. B. zu Grunde und sie hat schliesslich einen völlig unzweideutigen gesetzlichen Ausdruck durch den Satz des B. G. B. (§ 227, Abs. 1) gefunden: „Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich." Wie hierbei der Begriff der Notwehr näher bestimmt wird, ist eine Frage für sich, die unsere gegenwärtige Erörterung nicht berührt.[7])

---

der bereits durch den Befehl selbst übertretenen Norm wird dadurch nicht beseitigt; nur als Schuld kann dieses Unrecht nicht dem pflichtmässig Gehorsamen, sondern nur dem Befehlenden zugerechnet werden. Ähnlich hat sich schon van Calker — a. a. O. S. 9 ff., bes. 10 und 28 — geäussert. Von dem, was hiergegen Wachenfeld (Krit. Vierteljahrsschrift f. G. und RW., Bd. 34, S. 452) bemerkt hat, ist nur so viel richtig, dass man nicht gleichzeitig die „Verantwortlichkeit" für die Ausführung der befohlenen Tat bejahen und dennoch in dem Befehl einen „persönlichen Schuldausschliessungsgrund" erblicken darf. Aber diese Inkonsequenz wird begreiflich, wenn man den Grund der Verantwortlichkeit ausschliesslich in der Möglichkeit und der Tatsache eines wahren Willensentschlusses zur Tat findet und darüber das erste Erfordernis aller „Verantwortlichkeit" — die Intention des Strafgesetzes, dem Handelnden die Tat auch in ihrer Beziehung zum Recht, also eventuell als Unrecht zurechnen zu wollen, — gänzlich übersieht bezw. mit dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit verwechselt. Und in diesem Punkte, auf den wir erst im IV. Abschnitt näher eingehen können, fehlen die Gegner Calkers gerade so sehr, wie er selber. Ob im übrigen der rechtswidrig handelnde Befehlsgeber als Anstifter zu einer an sich strafbaren, aber für den Untergebenen schuldfreien Handlung oder vielmehr als mittelbarer Täter behandelt werden soll, ist eine Frage für sich. Vergl. oben § 35, Nr. 4.

[7]) Nur gegen die im Str. G. B. § 53, Abs. 2 und gleichlautend im B. G. B. § 227, Abs. 2 enthaltene Legaldefinition der Notwehr, nicht gegen die konsequente Auffassung aller Notwehrhandlungen als erlaubter, richten sich die neuerdings von Rud. Merkel (die Kollision rechtmässiger Interessen, 1895), A. Löffler (Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. 21, S. 537 ff.) u. A. erhobenen Bedenken. Dass diese nicht unbegründet sind, gebe ich gern zu. Zwar erledigt sich

Umgekehrt gehen die Meinungen über die rechtliche Bedeutung des Notstandes noch immer erheblich auseinander. Zwar soll dem B. G. B. das Verdienst nicht bestritten werden, grössere Klarheit in diese Rechtsmaterie gebracht zu haben. Während bis dahin neben dem vieldeutigen § 54 des Str. G. B. nur ganz vereinzelte Vorschriften des gemeinen Rechts, des Handelsgesetzbuches und allenfalls noch der deutschen Partikularrechte einen Anhalt für die Begründung einer Lehre vom Notstande abgaben, ist nunmehr mit den §§ 228 und 904 des B. G. B. wenigstens eine feste positive Grundlage für die deutsche Rechtswissenschaft gewonnen. Fürs erste ist die Beschädigung oder Zerstörung von Sachen, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, sofern solche zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zur Gefahr steht, ausdrücklich als nicht widerrechtlich charakterisiert. Desgleichen ist auch eine Einwirkung auf andere — in sich selbst keine solche Gefahr bergende — Sachen, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer (von anderer Seite drohenden)

---

vielleicht ein Teil derselben durch eine strenge Interpretation der Begriffe „rechtswidriger Angriff" und „zur Abwehr erforderliche Verteidigung"; auch hat unser Reichsgericht bereits einmal — in dem Urteil des I. Strafsenats vom 5. Mai 1892 (Stenglein, Lex. d. deutschen Strafrechts, S. 1168) — einen Anlauf genommen, bei einem „beträchtlichen Missverhältnisse mit dem drohenden Verluste" die Annahme von Notwehr auszuschliessen. Allein aus unserer heutigen Gesetzgebung heraus ist diese letztere Einschränkung des Notwehrbegriffs schwerlich zu rechtfertigen. Ja, vom Standpunkte des B. G. B. aus um so weniger, als hier beim Notstande (§ 228) ausdrücklich die Verhältnismässigkeit zwischen dem gefährdeten und dem zu dessen Rettung verletzten Gute betont wird, also das Schweigen des § 227 über diesen Punkt logischerweise dahin gedeutet werden muss, dass diese Verhältnismässigkeit bei der Notwehr keine Rolle spielen soll. Und ebendarum wäre es in der Tat wünschenswert, dass bei der Revision des Str. G. B. die Definition der Notwehr in ähnlicher Weise modifiziert wird, wie dies in der neueren schweizerischen und norwegischen Strafgesetzgebung geschehen bezw. in Aussicht genommen ist. Selbstverständlich wäre danach auch das B. G. B. abzuändern; dagegen steht nichts entgegen, die Straflosigkeit des Exzesses in der Notwehr unter den bisherigen Voraussetzungen bestehen zu lassen; dass es sich hierbei um einen reinen Strafausschliessungsgrund, nicht um Ausschluss der Rechtswidrigkeit handelt, besagt schon die technische Bezeichnung als Exzess oder als Überschreitung der Grenzen der Notwehr.

gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist, dem Verbietungsrechte, das dem Eigentümer nach § 903 zusteht, entzogen; und danach ist die Rechtswidrigkeit einer solchen Einwirkung — trotz der gleichzeitig daran geknüpften Ersatzverbindlichkeit — ebenfalls ausgeschlossen. Auf der andern Seite ist aus dem Umstande, dass das B. G. B. alle andern Arten von Notstandsfällen ignoriert, sowie aus der durchaus abweichenden Behandlung der Notwehr, bezüglich deren es sich eng an das Str. G. B. anschliesst, m. E. deutlich genug zu entnehmen, dass es den § 54 des Str. G. B. als eine für das Civilrecht bedeutungslose Bestimmung und demgemäss den dort behandelten „Notstand", in Übereinstimmung mit der schon bisher am meisten verbreiteten und auch in den Motiven zum I. Entwurf eines B. G. B. (I, S. 350) vorausgesetzten Anschauung, als blossen Strafausschliessungsgrund angesehen wissen will. Trotzdem ist diese letztere Auffassung noch nicht allgemein durchgedrungen. Vielmehr finden neben ihr auch heute noch zwei ganz entgegengesetzte Meinungen angesehene Vertreter; nach der einen, früher geradezu herrschenden, erscheint der Notstand, analog der Unzurechnungsfähigkeit, als Schuldausschliessungsgrund,[8]) nach der andern begründet der citierte § 54, ebenso wie die vorher besprochenen Paragraphen des B. G. B., sogar ein Notrecht des im Notstande Befindlichen.[9]) Und wenn auch diese beiden Meinungen,

---

[8]) Sie wird auch jetzt noch als gemeine Meinung angeführt von Olshausen, Kommentar zum Str. G. B., 6. Aufl., Anm. 3 zu § 54. Letzterer selbst, der sie früher ebenfalls vertrat, hat sie neuerdings aufgegeben; er sieht jetzt im Notstande des § 54 nur noch einen Strafausschliessungsgrund.

[9]) Ein Hauptvertreter dieser Meinung — v. Liszt (Lehrb. d. Strafrechts, § 34, III, 4) — hat dieses Notrecht sogar für denjenigen in Anspruch genommen, der durch lebensgefährliche Drohung zu einer strafbaren Handlung genötigt worden und demgemäss nach § 52 des Str. G. B. zu beurteilen ist. Damit verstösst er aber nicht nur gegen die offenbare Absicht des Gesetzgebers, die in der unmittelbaren Zusammenstellung von unwiderstehlicher Gewalt und lebensgefährlicher Drohung einen genügenden Ausdruck in der Richtung gefunden hat, dass die durch eine solche qualifizierte Drohung erzwungene Handlung der durch physischen Zwang herbeigeführten rein äusserlichen Tätigkeit gleich behandelt werden soll, sondern er zeigt auch zugleich, auf

in solcher Allgemeinheit hingestellt, sicherlich nicht zu begründen sind, so lässt sich doch nicht leugnen, dass es gewisse Notstandsfälle gibt, in denen eine oder die andere unser natürliches Gefühl für sich hat.[10]) Ganz davon zu schweigen, dass unsere sämtlichen Gesetzesbestimmungen über Notstand nicht ausreichen, den Bedürfnissen des Rechtslebens völlig gerecht zu werden, und dass die hierdurch entstehende Lücke höchstens durch eine weitgehende Anwendung der Rechtsanalogie angemessen ausgefüllt werden kann.[11])

---

wie schwachen Füssen seine Annahme von Notrechten überhaupt steht. Denn in § 52 wird doch unter allen Umständen eine nicht bloss im allgemeinen, sondern auch im konkreten Falle rechtswidrige und strafbare Handlung vorausgesetzt, wenn auch unter den daselbst angegebenen Bedingungen die Strafe niemals den Gezwungenen, sondern nur den Zwingenden treffen soll; es ist also eine Contradictio in adjecto, wenn diese Handlung gleichzeitig, sofern sie von dem Gezwungenen vollzogen ist, als Ausübung eines Notrechts, also als eine rechtmässige — nicht bloss als eine für den Gezwungenen straflose — hingestellt würde. Freilich ist hiermit die Annahme eines Notrechts in den Fällen des § 54 noch nicht als unmöglich erwiesen; die Dinge liegen hier in der Tat etwas anders. Allein einen Beweis dafür, dass nach unserm heutigen positiven Rechte der Einzelne nicht bloss unter bestimmten singulären Bedingungen (wie im Falle der Notwehr), sondern ganz allgemeinhin ein Recht habe, in einer anders nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben ein fremdes Leben zu opfern, hat v. L. ebensowenig erbracht, wie irgend jemand vor oder neben ihm. Was in unserer heutigen Gesetzgebung direkt gegen seine Ansicht spricht, habe ich schon oben im Texte berührt.

[10]) Einesteils lassen sich Fälle denken, in denen das Bewusstsein der Lebensgefahr so aufregend wirkt, dass die Tätigkeit des Gefährdeten kaum noch als auf freier Willensbestimmung beruhend angesehen werden kann, obgleich ein „Zustand der Bewusstlosigkeit oder krankhafter Geistesstörung", wie ihn Str. G. B. § 51 voraussetzt, nicht anzunehmen ist. Andernteils wird ein verständiger, aber durch keine juristische Deduktion beirrter Laie gar kein Bedenken tragen, Handlungen, die zur Rettung aus einer unverschuldeten, gegenwärtigen Lebensgefahr unternommen werden, auch dann für erlaubt (nicht bloss für straflos) und entsprechend auch eine Notwehr gegen sie für unzulässig zu erachten, wenn sie eine leichte Körperverletzung oder Nötigung anderer Personen (also nicht bloss eine Sachbeschädigung) in sich schliessen.

[11]) Besonders bedenklich erscheint mir in § 54 die Beschränkung der Straflosigkeit auf den im Notstand Befindlichen selbst und seine Angehörigen. Danach wäre z. B. derjenige, der bei einer Feuersbrunst einen Widerstrebenden mit Gewalt in den ihm vom Feuerwehrmann entgegengehaltenen Rettungssack steckt und dadurch auch wirklich rettet, wegen Freiheitsberaubung oder

Auch der Ausdruck „Selbsthülfe“ deutet an und für sich nicht schon auf die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der darunter zu subsumierenden Handlungen hin. Vielmehr begreift das Wort zunächst alle Handlungen, die jemand vornimmt, um unmittelbar dadurch einen von ihm behaupteten Rechtsanspruch zur tatsächlichen Geltung zu bringen, — gleichviel, ob diese Handlungen im fraglichen Falle als erlaubt oder unerlaubt anzusehen sind. Wie verschieden aber das Maass der Erlaubtheit je nach der Entwickelungsstufe und den besonderen Anschauungen der verschiedenen Rechtsgemeinschaften ist, bedarf hier keiner näheren Erörterung, zumal wir in Abschnitt V des gegenwärtigen Buches noch von einer andern Seite her hierauf zurückkommen werden. Innerhalb unsers heutigen Deutschen Reiches ist dieses Maass der Erlaubtheit oder, was der Sache nach dasselbe besagt, der „Ausschluss der Widerrechtlichkeit“ im allgemeinen bestimmt durch die §§ 229 und 230 des B. G. B., sowie für zwei besondere Fälle durch § 859, Abs. 2 und 3.

Dagegen fehlt es in unserm heutigen deutschen Rechte an jeder allgemeinen gesetzlichen Vorschrift bezüglich der „Einwilligung des Verletzten“. Freilich ist es, rein theoretisch betrachtet, durchaus nicht schwer, das hierfür maassgebende Prinzip trotzdem scharf zu formulieren. Ja, es ist im Grunde schon mit dem altbekannten Satze gegeben: „Volenti non fit injuria“; man muss denselben nur richtig verstehen. Wer aus freiem Antrieb — ohne jeden Zwang — in die Handlung eines Andern einwilligt, die im Widerspruch mit einem ihm zukommenden Rechtsanspruche steht, der kann natürlich — wenigstens so lange diese Einwilligung dauert — nicht behaupten, dass ihm Unrecht geschehe; denn die

---

Nötigung zu bestrafen, wenn er nicht ein Angehöriger des so Geretteten ist. Umgekehrt könnte die Gleichstellung der Gefahr für Leib oder Leben zur Strafloserklärung in Fällen führen, wo das Maass der Leibesgefährdung in gar keinem Verhältnis steht zu der Schwere der Rechtsverletzung, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich war; indessen bietet hier wohl schon der Ausdruck „Rettung“, sowie gerade die Zusammenstellung von Leib und Leben einen genügenden Hinweis für die Interpretation, um die Anwendung des Paragraphen auf Fälle auszuschliessen, in denen nur die Gefahr einer ganz leichten Körperverletzung vorlag.

Einwilligung in die widerstreitende Handlung enthält einen offenbaren Verzicht auf den betreffenden Rechtsanspruch, wenn auch in eigentümlich beschränkter und bedingter Weise.[12]) Indessen ist damit keineswegs gesagt, dass ein solcher Verzicht unter allen Umständen

---

[12]) Dieser tatsächliche Verzicht bildet zugleich — abgesehen von der Verschiedenheit der Folgen (vergl. unten Anm. 18) — den wesentlichen Unterschied zwischen der „Einwilligung des Verletzten" und der „Selbstverletzung", den nur eine oberflächliche oder erkünstelte Betrachtung dieser Dinge in Abrede stellen kann. Bei der Selbstverletzung ist von einem Verzicht auf Rechtsansprüche gar nicht zu reden. Denn wenn alles Recht nur zum Zweck hat, das Verhalten von Menschen zueinander zu regeln und wenn es demnach Rechtsansprüche oder Rechtspflichten des Einzelnen gegen sich selbst nicht gibt, so ist natürlich auch ein Verzicht auf solche (schon an sich unmögliche) Rechtsansprüche undenkbar. Umgekehrt kann man der Einwilligung einer Person in die Handlung eines Dritten, die ohne diese Einwilligung einen Rechtsanspruch des Einwilligenden verletzen würde, eine die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschliessende Wirkung nur unter der Voraussetzung beimessen, dass darin mindestens ein tatsächlicher Verzicht auf den andernfalls verletzten Rechtsanspruch enthalten ist. Ja, ohne solchen Verzicht ist es überhaupt widersinnig, von „Einwilligung oder Willensübereinstimmung eines Verletzten" zu sprechen, sofern man nicht — im Widerspruch mit dem juristischen Sprachgebrauche — den Ausdruck „Verletzter" in einem ganz vagen, äusserlichen Sinne nehmen will. Nur versteht sich von selbst, dass hierbei nicht allgemeinhin an einen Verzicht auf einen durch einen bestimmten technischen Ausdruck charakterisierten Rechtsanspruch in seiner Totalität zu denken ist, geschweige denn an einen den Verzichtenden selbst bindenden, unwiderruflichen. Wenn Kessler (die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884, S. 23) die Annahme eines widerruflichen Verzichts eine Contradictio in adjecto nennt, so beruht diese Behauptung auf einer völlig willkürlichen Verengung des Verzichtsbegriffs, die ganz unnötigerweise die Verständigung über Dinge erschwert, über welche ihm in der Sache selbst teilweise zugestimmt werden könnte. Der wirkliche Sprachgebrauch erlaubt zweifellos das Wort „Verzicht" auch da zu gebrauchen, wo von einer Unwiderruflichkeit oder auch überhaupt nur Gebundenheit gar nicht die Rede sein kann. So „verzichten" wir nur vorläufig, momentan oder auf bestimmte oder unbestimmte Zeit auf einen Genuss oder eine Tätigkeit, und es ist gar nicht einzusehen, warum wir nicht auch in ähnlicher, nur vorübergehender Weise und nur mit beliebigen Beschränkungen auch auf einen Rechtsanspruch bezw. auf dessen Geltendmachung sollten verzichten können. Noch mehr! Man darf geradezu sagen: Jeder Verzicht reicht an und für sich nicht weiter, als der Wille des Verzichtenden; er dauert daher auch an und für sich nicht länger, als eben dieser Wille. Bindend und vollends unwiderruflich wird er

rechtlich erlaubt, noch dass durch ihn jedes Unrecht für den den Einwilligenden Verletzenden ausgeschlossen sei. Vielmehr müssen wir unterscheiden: Sofern irgendwelche Rechtsnormen ausschliesslich Ansprüche Einzelner ausdrücken oder begründen wollen, versteht sich ganz von selbst, dass ihre Wirksamkeit auch nur von dem Willen dieser Einzelnen abhängt. Unter dieser Voraussetzung ist also der Verzicht des betreffenden Einzelnen nicht bloss tatsächlich möglich, sondern auch ein rechtmässiger, und er hat demgemäss die Wirkung, dass die in Übereinstimmung hiermit — obgleich im Widerspruch mit dem vorher vorhandenen Rechtsanspruch — vorgenommene Handlung in keiner Weise als rechtswidrig angesehen werden kann. Sofern dagegen jene Rechtsnormen zugleich Ansprüche einer Gesamtheit — des Staates oder einer andern Rechtsgemeinschaft — darstellen, sofern also ihre Übertretung gleichzeitig auch eine Verletzung dieser Ansprüche der Gesamtheit bedeutet, kann auch nur der Wille dieser Gesamtheit von der Verpflichtung zur Beobachtung entbinden. Das will sagen: Nur aus dem Inhalt der verschiedenen Verbote des Rechts selbst bezw. aus deren Zusammenhange mit dem ganzen bezüglichen positiven Rechte ist — unter der letzterwähnten Voraussetzung — zu entnehmen, welche rechtliche Bedeutung der Einwilligung des speziell verletzten Einzelnen zukommt. Tatsächlich trifft nun aber diese zweite Voraussetzung, wie schon früher ausgeführt, bei allen im Wege der Gesetzgebung entstandenen Rechtsnormen zu, und die Frage nach der Bedeutung der „Einwilligung des Verletzten" wird damit praktisch zu einer reinen Auslegungsfrage.[13]) Zum

---

nur, wo dieser Wille selbst sich in dieser Weise binden will und überdies durch ein fortdauernd anerkanntes superordiniertes Recht an einer Veränderung gehindert wird. Dieser letztere Fall trifft in der Regel zu beim Rechtsgeschäft; und an einen solchen rechtsgeschäftlichen Verzicht hat offenbar Kessler ausschliesslich — und schon darum irrigerweise — gedacht. Aber auch sogar der rechtsgeschäftliche Verzicht ist ein unwiderruflicher nur, wo und weil das superordinierte Recht ihn so auffasst. Oder will man etwa den in einem Testamente ausgesprochenen Verzicht überhaupt nicht als Verzicht gelten lassen, weil ihn der Testator jederzeit bis zu seinem Tode widerrufen kann?

[13]) Hier ist der Punkt, wo der in der vorigen Anmerkung aufgezeigte Wesensunterschied zwischen Selbstverletzung und Einwilligung des Verletzten

Glück lässt unser positives Recht seine Intention in dieser Richtung meist deutlich erkennen. Auf der einen Seite ist klar, dass bei allen Handlungen, die es vorzugsweise als Delikte gegen die Interessen des Staates, der Gesellschaft oder sonstwelches „unabgegrenzten Personenkreises“ auffasst, die „Einwilligung des Verletzten“ im allgemeinen keine Rolle spielen kann. Demgemäss spricht z. B. die Rubrizierung einer Handlung unter einen der Titel 1—13, 15, 27 und 28 des Strafgesetzbuches von vornherein dafür, dass dieselbe gleicherweise rechtswidrig und strafbar sein

---

in die Handlung eines Andern auch eine gewisse allgemeine praktische Bedeutung gewinnt. Wenn es dem Wesen des Rechts widerspricht, dem Rechtsgenossen Vorschriften für sein Verhalten gegen sich selbst zu geben, so sind naturgemäss alle Rechtsnormen auf ein Verhalten zu Andern zu beziehen. Dadurch wird die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass eine Selbstverletzung — obgleich sie als solche schlechterdings niemals Rechtsverletzung ist — dennoch als rechtswidrig erscheint, sofern sie gleichzeitig als eine Verletzung fremder Rechte, sei es der Gesamtheit, sei es Einzelner, sich darstellt. Wohl aber folgt daraus, dass das Verbot einer gewissen Handlung — speziell auch das gesetzliche Verbot — regelmässig bloss als Verbot solcher Handlungen in Rücksicht auf dritte Personen, nicht auch als Verbot derselben Handlungen in Bezug auf den Handelnden selbst aufgefasst werden darf. Eine Ausnahme tritt natürlich ein, wo das Gesetz eine bestimmte Art von „Selbstverletzung“ ausdrücklich verbietet; dann wird sich aber auch meist leicht erkennen lassen, dass der Zweck eines solchen Verbots nicht Schutz des Handelnden gegen sich selbst, sondern vielmehr die Wahrung fremder Rechte — so bei der Selbstverstümmelung nach Str. G. B. § 142 die Anhaltung zur Erfüllung der Militärpflicht, so bei der Brandstiftung an eigner Sache nach Str. G. B. § 308 die Sicherung benachbarten Eigentums — ist. Dass dagegen grundsätzlich unser positives Recht der vorher dargelegten Regel huldigt, ergibt sich am deutlichsten aus seinen Bestimmungen über die verschiedenen Tötungsdelikte: Es fällt wohl keinem ein, bei den Worten „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet“ auch an Selbstmord zu denken, obgleich dies dem blossen Wortlaute nach — ohne Rücksicht auf die von uns betonte Intention alles Rechts — geradezu geboten und demgemäss der Selbstmordversuch nach Str. G. B. § 211 bezw. § 212 verb. § 43 ff. zu beurteilen sein würde. Durchaus nicht die gleiche allgemeine Vermutung lässt sich bezüglich des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung des Verletzten aufstellen. Vielmehr ist hier, wie schon oben angedeutet, stets eine besondere Prüfung der einschlagenden Rechtsnormen, also vor allem derjenigen Rechtsnormen notwendig, deren Übertretung in Frage steht oder, genauer gesagt, abgesehen von der Tatsache der Einwilligung des Verletzten ohne weiteres bejaht werden würde.

soll, wie auch immer der speziell davon Betroffene sich zu ihr gestellt hat.[14]) So verliert die Gefangennahme eines Bundesfürsten, die Majestätsbeleidigung, die Verhinderung eines Beamten oder eines Geistlichen an Ausübung einer Amtshandlung, die falsche Anschuldigung[15]) und der Meineid durchaus nicht den Charakter der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit durch die etwa erfolgte vorgängige Einwilligung des „Verletzten"; höchstens kann diese in Betracht kommen bei der Straf- bezw. Schuldabmessung. Auch ist wohl zu beachten, dass die öffentlich-rechtliche Befugnis zum Erlass subordinierter Normen dem so befugten Einzelnen nicht notwendig das Recht gibt, von der Beobachtung dieser Normen wieder zu entbinden, also auch nicht allgemein die Möglichkeit, durch seine Einwilligung in Zuwiderhandlungen deren Widerrechtlichkeit auszuschliessen. Anderseits liegt auf der Hand, dass gesetzliche Normen, welche augenscheinlich nur den Schutz privater Rechte bezwecken oder wenigstens hinter diesem Zwecke die Rücksicht auf das öffentliche Interesse völlig verschwinden lassen, regelmässig dahin auszulegen sind, dass die darin verbotenen Handlungen nur da als verboten gelten sollen, wo dies dem Willen des privaten Berechtigten entspricht, also nicht da, wo dieser Berechtigte einem Dritten die Erlaubnis zu solchem Handeln gegeben hat. Vor allem gehören in diese weit umfassende Kategorie zahlreiche Gesetzesvorschriften, die ein gewisses Handeln nur unter der Voraussetzung verbieten, dass es „rechtswidriger" Weise oder „in widerrechtlicher Absicht" erfolgt.[16]) Ausserdem aber sind auch häufig schon die

[14]) Ausnahmen sind freilich auch hier möglich, da die Gruppierung der einzelnen Delikte im Gesetzbuche bisweilen von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus erfolgt; vergl. z. B. die darauf bezüglichen Bemerkungen in der folgenden Anmerkung 17. Doch bleibt darum immerhin eine starke Vermutung für die obige Regel.

[15]) Was Kessler a. a. O. S. 71 gegen diese Auffassung der falschen Anschuldigung anführt, beruht einzig und allein auf der von ihm behaupteten (neuerdings auch von Klee vertretenen) „Congruenz von Selbstverletzung und Einwilligung des Verletzten" und ist demnach schon durch das oben Anm. 12 und 13 Gesagte widerlegt. Vergl. übrigens v. Liszt, Lehrbuch d. Str., § 182, I.

[16]) Selbstverständlich sollen diese Zusätze, deren wir schon in anderem Zusammenhang gedachten (oben Nr. 3), niemals bloss soviel heissen als: „wider den Willen des Berechtigten". Vielmehr sind ausser der Einwilligung

Ausdrücke, durch welche die verbotenen Handlungen näher bezeichnet werden, sichtlich so gewählt, dass darunter schlechterdings nur solche sich subsumieren lassen, die gegen den Willen der davon Betroffenen vorgenommen werden. So kann z. B. von einer „Freiheitsberaubung", von einer wahren „Nötigung" usw. immer nur die Rede sein, wenn die betreffende Handlung, die als Mittel hierzu gedacht ist, wider den Willen des Verletzten geht: wer sich freiwillig einschliessen lässt, kann nicht als seiner Freiheit „beraubt" angesehen werden; und ebensowenig wird „genötigt", wer bloss als äusserer Gewalt nachgebend erscheinen will.[17]) Auch eine „Beleidigung" oder „Verleumdung" dünkt unserm natürlichen Sprachgefühl nur möglich, wo die beleidigende Handlung nicht von dem davon Betroffenen selbst gewollt wird. Demnach bleiben schliesslich nur ganz wenige gesetzliche Verbote übrig, die nicht schon durch ihre Wortfassung oder ihren offensichtlichen Zweck erkennen lassen, ob sie auch bei „Einwilligung des (speziell) Verletzten" gelten sollen oder nicht. Und auch hier wird meist ein

---

des Berechtigten noch die verschiedensten Tatsachen als Gründe für die Nicht-Rechtswidrigkeit der bezüglichen Handlungen denkbar. Wohl aber darf behauptet werden, dass überall, wo ein derartiger Zusatz auf ein durch die verbotene Handlung berührtes Privatrecht hindeutet, auch stets jene Einwilligung des speziell Berechtigten hinreicht, um die Rechtswidrigkeit auszuschliessen. Damit ist anderseits schon zugestanden, dass keineswegs alle Gesetzesvorschriften, die einen solchen Zusatz enthalten, auf Verletzung von Privatrechten sich beziehen. Bei nicht wenigen — insbesondere bei solchen, in denen der Ausdruck „unbefugt" auftritt, — sind es Organe des Staates oder anderer Rechtsgemeinschaften, von denen das Befugtsein zu den ohne die erteilte Befugnis verbotenen Handlungen abhängt; und ob in diesen Fällen jede beliebige Einwilligung der als Organ fungierenden Menschen oder nur eine in besonderer Form ergehende genügt, lässt sich natürlich gar nicht allgemeinhin beantworten.

[17]) Ebendarum kann auch von Notzucht oder gewaltsamer Vornahme unzüchtiger Handlungen nicht gesprochen werden, also auch Str. G. B. §§ 177 und 176, 1 nicht Anwendung finden, wo nur eine sogen. „vis haud ingrata" vorliegt. Fraglich bleibt höchstens, ob nicht aus der Stellung dieser beiden Delikte unter den Verbrechen wider die Sittlichkeit, sowie aus andern Bestimmungen dieses Abschnitts sich folgern lässt, dass unser Recht schon die Unzuchtshandlung als solche für verboten erachtet wissen will und bloss aus kriminalpolitischen Gründen auf eine Bestrafung der einfachen und demgemäss auch auf die der nur scheinbar gewaltsamen Unzucht verzichtet.

Blick auf den Zusammenhang der ganzen Gesetzgebung genügen, um die richtige Antwort auf diese Frage zu finden. So kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Wirksamkeit des Tötungsverbots durch die Einwilligung des Getöteten nicht beseitigt sein kann, da nach Str. G. B. § 215 sogar derjenige gestraft wird, der nur durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten zur Tötungshandlung bestimmt worden ist. Auch die analoge Auslegung von Str. G. B. § 221 — also Verbot der Aussetzung auch mit Willen des Ausgesetzten — scheint mir danach wohlbegründet. Dagegen ist es in der Tat schwer, wenn nicht geradezu unmöglich, aus unserm heutigen Gesetzesmaterial ein sicheres Urteil darüber zu gewinnen, ob die vorsätzliche Körperverletzung eines Einwilligenden verboten und strafbar ist; die für die Bejahung vorzubringenden Gründe dürften jedoch immerhin noch etwas beweiskräftiger sein, als die bisher für die Verneinung vorgebrachten.[18])

[18]) Vor allem ist immer wieder zu betonen, dass es verfehlt ist, die Straflosigkeit für die Verletzung eines Einwilligenden aus der allerdings unleugbaren (für die Körperverletzung schon aus der Fassung des Str. G. B. § 223 deutlich hervortretenden) Straflosigkeit der Selbstverletzung begründen zu wollen. Wenn Kessler a. a. O. S. 78 behauptet, dass alle Interessen, die ausser dem individuellen des Verletzten etwa bei der Körperverletzung in Betracht kommen, — Interessen der Gläubiger, des Staates, der Gesellschaft — gerade so durch die Selbstverletzung geschädigt würden, wie durch die Verletzung Anderer, und dass darum die Bestimmungen des 17. Abschnitts offenbar nur das individuelle Interesse des Einzelnen an seiner Körperintegrität schützen wollten, so hat er in gewisser Weise — nämlich so, wie er das Interesse des Staates und der Gesellschaft versteht, — ganz Recht. Die Frage aber, ob nicht der Strafgesetzgeber Gründe haben kann, das Individuum selbst wider seinen Willen gegen Angriffe Anderer auf Leib und Leben zu schützen, hat er sich gar nicht ernstlich gestellt. Und dies erklärt sich nur daraus, dass er eben Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden von vornherein als gleichartig auffasst und demgemäss nicht nur den oben in Anm. 12 und 13 berührten rechtlichen Wesensunterschied, sondern auch die totale Verschiedenheit der natürlichen tatsächlichen Folgen derartiger Verletzungen für den Täter vollständig ignoriert. Letzteres fällt um so mehr auf, als gerade bei der Körperverletzung diese Verschiedenheit der natürlichen Folgen klar zu Tage tritt. Wer sich selber körperlich misshandelt oder seine Gesundheit schädigt, der fügt sich damit ein Übel zu, das regelmässig nicht geringer, oft viel grösser ist, als die auf entsprechende Körperverletzungen durch Andere gesetzte

5. Es bleibt noch übrig, kurz zu zeigen, wie der begriffsmässige und darum völlig allgemeine Zusammenhang zwischen

---

Strafe. Die Tat rächt sich hier also selbst; ein besonderes Verbot derselben erscheint demnach überflüssig, eine Strafandrohung als Androhung einer zwiefachen Strafe, die höchstens dann sich rechtfertigt, wenn in der Selbstverletzung zugleich die Verletzung bestimmter wichtiger fremder Rechte liegt. Bei der Verletzung eines einwilligenden Dritten dagegen fällt jene natürliche Folge für den Täter gänzlich hinweg und damit auch ein äusserst wichtiges psychologisch-ethisches Motiv für die Unterlassung von Verbot und Strafdrohung ... Alle Bedenken ferner, die man aus Fällen herleitet, in denen in der Tat kein Richter strafbare Körperverletzung annehmen wird, wie bei einer „Prügelei der Clowns im Zirkus" oder der Entnahme von einigen Tropfen Blut etwa zu einem wissenschaftlichen Untersuchungszwecke, verschwinden sofort, wenn man beachtet, dass als „Körperverletzung" nach Str. G. B. § 223, welcher Paragraph auch für die übrigen Bestimmungen des ganzen Abschnitts grundlegend ist, immer bloss „körperliche Misshandlungen" oder „Gesundheitsschädigung" in Frage kommen können. Insbesondere sind dadurch auch alle ärztlichen Operationen, sofern sie zweckentsprechend und nicht wider Willen vollzogen werden, gegen Bestrafung gesichert ... Auf der andern Seite ist zuzugeben, dass das völlige Schweigen des Gesetzes über Einwilligung oder Nichteinwilligung des Verletzten nicht einfach dahin zu deuten ist, dass hierauf gar keine Rücksicht zu nehmen sei. Wohl aber liegt bei solchem Schweigen ein Analogieschluss aus den Bestimmungen über Tötung und Aussetzung nahe. Dies um so mehr, als § 228 die Möglichkeit gibt, dem Bedürfnisse einer milderen Bestrafung in Fällen der Einwilligung oder gar in solchen, die dem § 216 bei der Tötung analog sind, in durchaus zureichender Weise Rechnung zu tragen, während der § 229 mit seinen sehr strengen Strafbestimmungen für Vergiftung schon durch seine Fassung — durch das Wort „beibringt" — die Anwendung auf Fälle der Einwilligung ausschliesst. Dass endlich die straflose Beihülfe zur Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden einander tatsächlich oft sehr nahe kommen, kann schon darum nicht gegen die Strafbarkeit der letzteren nach geltendem Rechte beweisen, weil dasselbe Verhältnis auch zwischen der Beihülfe zum Selbstmorde und der Tötung auf ernstliches Verlangen besteht, wo der Gegensatz zwischen Straflosigkeit und Strafbarkeit noch viel auffälliger hervortritt und dennoch vom Gesetz ausdrücklich sanktioniert ist. Überdies aber findet diese Verschiedenheit der Behandlung zweier dem Nicht-Juristen mehr oder weniger als gleichartig sich darstellenden Tatbestände mindestens teilweise ihre Begründung in einer richtigen — streng subjektiven — Unterscheidung zwischen Tätern und Gehülfen. Ob nicht trotzdem vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik eine gewisse Annäherung in der Behandlung anzustreben wäre, etwa in der Weise, dass auch die Beihülfe zu bestimmten schweren Arten der Selbstverletzung bei Strafe verboten würde, ist eine Frage für sich.

Normenübertretung und Rechtsverletzung, wie er in § 37, Nr. 3 (S. 180 ff.) näher dargelegt worden ist, sich in den vorstehend (Nr. 3 und 4) erörterten Ausnahmefällen als gleichmässiger Ausschluss von Normenübertretung und Rechtsverletzung manifestiert.

Allerdings ist diese Tatsache für die überwiegende Mehrzahl dieser Fälle wohl niemals ernstlich bestritten worden. Wer einmal erkannt hat, dass durch die eine Sonderverpflichtung unter besonderen Umständen begründenden Normen regelmässig die allgemeineren scheinbar entgegenstehenden Normen selbst — wenn auch nur bedingter Weise — eingeschränkt werden, der wird auch kaum bezweifeln können, dass hiermit zugleich die durch letztere begründeten oder zum Ausdruck gebrachten Ansprüche (der Gesamtheit, wie der Einzelnen) eine entsprechende Modifikation erleiden. So ist jedes Eigentumsrecht an Sachen, die der Zwangsvollstreckung unterliegen, ein von vornherein durch die gesetzlichen Bestimmungen hierüber beschränktes, indem der darin liegende Anspruch auf Nichtstörung gegenüber dem auf Grund rechtskräftigen Urteils in korrekter Weise vorgehenden Gerichtsvollzieher als suspendiert erscheint. So wird durch ein vollstreckbar gewordenes Todesurteil nicht nur das abstrakte Verbot der Tötung für einen konkreten Fall und unter weiteren genau bestimmten Bedingungen beseitigt, sondern demgemäss auch das Recht des Verurteilten auf Nichtantastung seines Lebens — natürlich nur unter denselben Bedingungen — rechtswirksam aufgehoben.

Mit dem letzten Satze haben wir bereits unsern Protest wiederholt gegen eine neuerdings öfter hervortretende Ansicht: Von einer Verletzung subjektiver Privatrechte könne bei den Delikten wider Leib und Leben, Ehre und Freiheit nicht die Rede sein, sondern immer bloss von einer Verletzung der mit diesen Worten gekennzeichneten Rechtsgüter oder Interessen; denn subjektive Rechte auf Leben und Körperintegrität, auf Ehre und Freiheit gebe es überhaupt nicht. Richtig an dieser Ansicht ist nur das Eine, dass es Rechtsansprüche auf die genannten Güter, genauer gesagt, auf Verschaffung oder Erhaltung derselben in der Tat nicht gibt. Allein daraus folgt doch nimmermehr, dass es keine Rechtsansprüche der Einzelnen in Bezug auf Leben und

Gesundheit, Ehre und Freiheit gebe. Das gerade Gegenteil ist wahr: Alle diese Güter sind nur dann Rechtsgüter der Einzelnen, wenn sie als Objekte von Privatrechtsansprüchen anerkannt werden. Der Inhalt dieser Privatrechtsansprüche aber ist — wie wir schon in Band I, S. 249 ff. dargelegt haben — gar kein anderer als der Inhalt der allgemeinen Rechtsnormen, soweit solche dem Schutze der fraglichen Güter dienen sollen. Das will sagen: jede Norm, die diesen Zweck — ausschliesslich oder auch nur beiläufig — verfolgt, drückt zugleich, vom Standpunkte des einzelnen Privatrechtsgenossen aus betrachtet, einen Rechtsanspruch desselben gegen alle andern Genossen aus. Wenn daher unsere Rechtsansprüche in Bezug auf Leben, Körperintegrität usw. sämtlich bloss einen negativen Charakter zeigen, so hat dies eben seinen Grund darin, dass auch die allgemeinen Normen zum Schutze dieser Dinge denselben negativen verbietenden Charakter tragen; und soweit letztere ausnahmsweise hierüber hinausgehen und positive Forderungen zur Förderung jener Güter aufstellen, bilden solche auch sofort wieder den Inhalt entsprechender Rechtsansprüche der dadurch speziell begünstigten Einzelnen.[19])

Hält man in dieser Auffassung konsequent fest, so ergibt sich auch leicht die völlige Kongruenz von Normenübertretung

---

[19]) Man wird uns vielleicht einwerfen, dass unsere Ausführung in Widerspruch stehe mit den Anschauungen des B. G. B., insbesondere mit § 823, Abs. 1. Angenommen einmal, dieser Einwurf wäre begründet, so würde ich darin doch nur einen neuen Beleg für eine Tatsache erblicken, die ohnehin kaum zweifelhaft sein dürfte, dass es nämlich in unserm B. G. B. überhaupt an einem völlig klaren Begriff des subjektiven Rechts, sowie namentlich an einer scharf bestimmten Anschauung über das Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Recht fehlt. Bei der weitgehenden Zersplitterung der Meinungen, die zur Zeit noch in unserer Wissenschaft über diese Dinge herrschen, könnte es freilich auch nur wundernehmen, wenn es anders wäre. Doch dies nur nebenbei; denn in erster Linie möchte ich behaupten, dass ein Widerspruch der vorausgesetzten Art gerade in dem uns hier interessierenden Punkte keineswegs vorliegt. Zwar vermag ich nicht, mich der Ansicht derer anzuschliessen, die — wie Dernburg, v. Liszt, Linckelmann u. A. — in dem citierten § 823 die Worte „oder ein sonstiges Recht eines Andern" in direkte Beziehung zu allen vorangestellten Beispielen von Rechten setzen und demgemäss „das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit" schlankweg

und Rechtsverletzung bei den übrigen in Nr. 3 und 4 erörterten Ausnahmefällen. Wer wahrhaft in Notwehr handelt, verletzt nicht bloss kein Gesetz, sondern auch keinen Rechtsanspruch des von seiner Handlung Betroffenen; denn der rechtswidrige Angreifer, gegen den allein wahre Notwehr möglich ist, hat durch seinen Angriff auch seine bezüglichen Rechtsansprüche bedingterweise verwirkt. Ob das Gleiche auch bei Notstands- und Selbsthülfehandlungen zu sagen ist, hängt allerdings von dem besondern Charakter des Falles ab, da nicht jeder Notstand und nicht jede Selbsthülfe erlaubt erscheint; aber wo das Gesetz eine solche Handlung wirklich als nicht-widerrechtlich erklärt, da ist damit nicht bloss die Gesetzwidrigkeit, sondern auch jede Rechtsverletzung ausgeschlossen.[20])

---

als Rechte annehmen. Von unserer Auffassung des subjektiven Rechts aus, wonach dieser Begriff vollständig identisch ist mit dem des Rechtsanspruchs, verbietet sich eine solche Annahme von selbst. Aber auch abgesehen hiervon kann ich nimmermehr glauben, dass das B. G. B. jene Güter selbst als „Rechte" hinstellen wollte; wäre diese Bezeichnungsweise doch um nichts besser, als wenn man die Objekte des Eigentums, die Sachen, selbst als Rechte bezeichnen wollte. Und darum gebe ich den Gegnern jener Ansicht — Enneccerus, Planck, Oertmann usw. — offen zu, dass es, sprachlich betrachtet, allein möglich ist, den obigen Zusatz mit dem unmittelbar vorhergehenden Worte „Eigentum" zu verbinden. Auf der andern Seite jedoch ist die enge Zusammenfassung von „Eigentum und sonstigen Rechten" mit den vorangestellten Lebensgütern logisch auch nur zu rechtfertigen durch den Gedanken, dass den Besitzern jener Güter, und zwar gerade in Bezug auf diese, „Rechte" zukommen, die den im Zusammenhange damit genannten Privatrechten bezüglich des Vermögens vollständig analog sind. Auch die Entstehungsgeschichte, die — charakteristisch genug — von den Vertretern der beiden entgegengesetzten Meinungen gleicherweise, aber natürlich je unter besonderer Betonung verschiedener Phasen derselben angerufen wird, scheint mir schliesslich, in ihrer Totalität angesehen, am besten zu der soeben dargelegten mittleren Ansicht zu passen. Inwieweit übrigens jener von uns aufgezeigte logische Zusammenhang innerhalb des § 823, Abs. 1 von den verschiedenen Gesetzgebungsfaktoren klar erkannt oder vielmehr bloss mehr oder minder deutlich gefühlt worden ist, kann dabei ruhig dahingestellt bleiben.

[20]) Will man in solchen Fällen wenigstens von einer Verletzung der betreffenden „Rechtsgüter" oder „rechtlich geschützten Interessen" reden, so lässt sich dies unter der Voraussetzung verteidigen, dass man Besitz, Leben usw. schlechthin darum Rechtsgüter oder rechtlich geschützte Interessen nennt,

Natürlich darf bei alledem nicht übersehen werden, dass — wie wir bereits wiederholt hervorgehoben (vergl. oben § 37, Nr. 3, insbes. Anm. 13) — allen gesetzlichen Normen, und demgemäss auch denen, die einen privatrechtlichen Inhalt haben oder, was dasselbe besagt, dem Schutze der einzelnen Rechtsgenossen gegeneinander dienen sollen, stets zugleich (ausser dem bezüglichen Privatrechtsanspruche der Genossen) ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, nämlich ein Anspruch des Staates an seine Untertanen entspricht, dessen Inhalt sich eventuell sachlich mit dem der Privatrechtsgenossen gegeneinander deckt. Dass in den vorerwähnten einzelnen Fällen der Ausschluss der Rechtsverletzung beide Arten von Ansprüchen umfasst, versteht sich freilich nach dem oben Bemerkten von selbst. Anderseits ist es aber auch sehr wohl denkbar, dass eine Gesetzesübertretung ausschliesslich die Verletzung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs enthält. Und zwar liegt dieser letztere Fall nicht nur vor, wo sich der ganze Inhalt der Gesetzesnorm in einem Anspruche des Staates erschöpft, sondern auch wo und so lange der danach berechtigte Private auf seinen Anspruch verzichtet hat. So gewiss dadurch der öffentlich-rechtliche Anspruch nur unter der Bedingung berührt wird, dass das Gesetz selbst dessen Bestehen von dem Willen des privaten Berechtigten abhängig macht (vergl. oben Nr. 4 a. E.), so gewiss hat sogar die Ungültigkeitserklärung des Verzichts durch das Gesetz bezüglich des Privatrechtsanspruchs höchstens die Folge, dass der Private seinen aufgegebenen Anspruch als nicht-aufgegeben behandeln und im Forum des bürgerlichen Rechts demgemäss als verletzt geltend machen kann; zur Wirksamkeit gelangt der Privatrechtsanspruch auch im letzteren Falle nur durch den Willen des Privaten, nicht gegen denselben.

---

weil sie im allgemeinen Rechtsschutz geniessen. Fasst man dagegen die gedachten beiden Begriffe einigermaassen schärfer und versteht darunter nur Güter und Interessen, sofern sie vom Rechte geschützt werden, so ist mit den entsprechenden Rechtsansprüchen auch die Qualität jener Dinge als „Rechtsgüter“ und „rechtlich geschützte Interessen“ hinweggefallen.

§ 39.

Verschiedene Arten des Unrechts im weitern Sinne — abgesehen von der schon mehrfach berührten Unterscheidung zwischen schuldbarem und nicht-schuldbarem Unrecht — ergeben sich:

I. aus der Verschiedenheit der Rechtsgebiete, denen die übertretenen Rechtsnormen, sowie der entsprechenden Rechtsverhältnisse, denen die verletzten Ansprüche und Pflichten angehören;

II. aus der Verschiedenheit der Subjekte, an welche die übertretenen Normen sich richten;

III. aus der Verschiedenheit der Objekte der verletzten Ansprüche und Pflichten.

1. Wenn alles Recht im juristischen Sinne [1]) bloss eine relative Geltung beanspruchen kann, nämlich immer nur eine Geltung für

[1]) Die Bemerkung von Cathrein (Recht, Naturrecht und positives Recht, Freib. 1901, S. 25 und 72), dass der Zusatz „im juristischen Sinne" unzulässig sei, weil „das Recht, auch das positive, nicht bloss für Juristen, sondern für alle Glieder des Staates gelte", bedarf wohl kaum erst einer besondern Widerlegung. Dass dasjenige, was ich „Recht im juristischen Sinne" nenne, nicht bloss für Juristen, sondern für Menschen aller Art Geltung hat, folgt nicht bloss aus allen meinen sonstigen Ausführungen, sondern versteht sich überhaupt für jeden Unbefangenen ganz von selbst. Dagegen kann ich allerdings nur sehr bedingterweise zugeben, dass es sich hierbei um einen „allen Menschen wohlbekannten Begriff" handle. Unser „Recht im juristischen Sinne" ist identisch mit dem „positiven Rechte"; es ist immer und überall nur von relativer Geltung (für die Rechtsgenossen) und stets nur von uns in Betracht gezogen als ein eigentümliches Mittel für alle möglichen Arten von Gemeinschaftszwecken, niemals als Selbstzweck. Anderseits erkennen wir gerade durch jenen Zusatz „im juristischen Sinne" unzweideutig an, dass das Wort „Recht" auch häufig in einem andern — dem juristischen Sprachgebrauche im allgemeinen fremdem — Sinne gebraucht wird: nämlich zur Bezeichnung eines als schlechthin allgemein-gültig gedachten, gleichviel ob auf göttliche Offenbarung oder auf rein philosophische Erwägungen gegründeten ethischen Maassstabes; so insbesondere von allen, die irgendwelches „Naturrecht" postulieren. Wir bestreiten auch keineswegs diesem zweiten Sprachgebrauche seine bedingte Berechtigung. Nur verzichten wir in diesem Werke grundsätzlich darauf, uns mit diesem „nicht-juristischen Rechte" zu befassen. (Vergl. Band I, S. 12 ff.)

den Kreis der Genossen, auf deren Anerkennung als Norm und Regel ihres Zusammenlebens — nach unserer bereits wiederholt begründeten Definition — die Existenz der bezüglichen Normen als Rechtsnormen ausschliesslich beruht,[2]) so kann auch alles Unrecht bloss eine entsprechende relative Bedeutung haben. Das will sagen: Es gibt im juristischen Sinne kein Unrecht, das schlechtweg Unrecht wäre; es gibt vielmehr überall nur

---

[2]) Die Behauptung Cathreins (a. a. O. § 72), dass meine Rechts-Definition viel zu weit sei, wiederholt einen Vorwurf, den ich schon öfters zu bekämpfen gehabt habe. Doch ist seine Begründung darum nicht stichhaltiger, als die seiner Vorgänger. So ist es zunächst eine nicht bloss willkürliche, sondern total falsche Voraussetzung, dass in jeder Genossenschaft der Grundsatz: „Was du nicht willst, dass man dir tu', das füg' auch keinem andern zu!" als allgemein-gültige Regel des Zusammenlebens anerkannt werde. Gewiss, wer diesen sittlichen Grundsatz für sich anerkennt und befolgt, der wird ihn auch als solchen auf sein Leben in jeder Rechtsgemeinschaft anwenden; aber für eine Gemeinschaftsnorm, für eine Norm gerade der Gemeinschaft, um die es sich etwa handelt, wird und kann er ihn bei besonnener Betrachtung nicht halten. Bei der ungeheueren Masse von Spezialgemeinschaften, die nur bestimmten, eng begrenzten Zwecken dienen, kann von einer Anerkennung derartiger umfassender, allgemeiner Normen als Gemeinschaftsnormen, d. h. als Normen eben der besonderen Gemeinschaft, um die es sich handelt, und ebendarum auch von einer Anerkennung seitens Genossen gegenüber Genossen (NB. dieser Gemeinschaft) regelmässig gar nicht die Rede sein. Aber auch selbst Rechtsgemeinschaften von höchst umfassenden Zwecken, wie Staat und Kirche, kennen jenen Grundsatz in seiner Allgemeinheit nicht als anerkannte Gemeinschaftnorm; ein Blick auf die Grundsätze, die wirklich das Verhältnis von Vorgesetzten und Untergebenen auch in ihnen beherrschen, beweisen für sich allein schon das Gegenteil. Und nicht minder unrichtig oder doch irreführend ist es, wenn Cathrein hinzufügt, dass die angeführte Regel „nicht bloss die Rechtspflichten, sondern auch die Pflichten der Liebe, der Dankbarkeit, Treue, Wahrhaftigkeit, Verträglichkeit usw. in sich enthalte". Einmal beruht es auf einer offenbaren Verwechselung jener rein negativ lautenden Regel mit der positiven Forderung Christi: „Was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tuet ihr ihnen!", wenn daraus auch die Pflichten der Liebe und Dankbarkeit ableitbar sein sollen. Anderseits spielen Treue, Wahrhaftigkeit und Verträglichkeit zweifellos auch eine sehr erhebliche Rolle als Rechtspflichten in zahllosen Rechtsverhältnissen. Wenn endlich von C. darauf hingewiesen wird, dass ich „alles, was eine Räuber- oder Diebesbande als Norm ihres Zusammenlebens anerkannte, als Rechtsgesetz gelten lassen müsse", so beweist dieser Einwand schon darum nichts, weil ich diese Konsequenz selbst ganz offen gezogen habe. Übrigens hat bereits Plato die Unent-

Unrecht auf dem Boden je eines bestimmten positiven Rechts und es kann demgemäss auch nur begangen werden von denen, für welche dieses positive Recht Geltung hat.

Wir können mithin zunächst so viele Arten oder, genauer gesagt, Gebiete des Unrechts unterscheiden, als uns Arten oder Gebiete des positiven Rechts entgegentreten. So wenig wir indessen daran denken durften, einen auch nur einigermaassen vollständigen Überblick über diese verschiedenen Rechtsgebiete oder m. a. W. über alle irgendwo vorkommenden Rechtsgemeinschaften zu geben, so nutzlos würde es sein, eine Klassifikation der entsprechenden Unrechtsgebiete zu versuchen. Höchstens könnte aus

---

behrlichkeit der Gerechtigkeit für jede Menschengemeinschaft damit begründet, dass selbst die Mitglieder einer Räuberbande gezwungen seien, sich untereinander gerecht zu behandeln. Ich behaupte natürlich nicht, dass sich dieser Gedanke mit unserer Auffassung deckt; aber er zeigt immerhin, dass letztere nicht gar so auffällig ist. Jedenfalls erscheint auch unsere Ansicht mit einer streng religiös-sittlichen Anschauung sehr wohl verträglich. Es ist für mich ganz selbstverständlich, dass den Menschen die Fähigkeit, Rechtsnormen für ihr wechselseitiges Verhalten zu schaffen, wie überhaupt ihre Freiheit von Gott nicht gegeben ist, um damit auch unsittlichen Zwecken zu dienen, sondern immer bloss um gewisser höherer sittlicher Zwecke willen. Aber auch die Natur mit all ihren Kräften und Gesetzen ist uns — religiös-sittlich betrachtet — von Gott nur zur Verfügung gestellt um des Guten willen, das wir damit erreichen können, und doch bleiben diese Kräfte und Gesetze dieselben, auch wo sie zur Konstruktion von Höllenmaschinen oder anderen unsittlichen Zwecken gebraucht werden. Wohl mag man im letzteren Falle von einem Missbrauche der Natur und entsprechend bei der Setzung unsittlicher Rechtsnormen von einem Missbrauche des Rechts reden; aber so wenig die Naturkräfte oder -gesetze ihren Charakter als solche ändern um der unsittlichen Verwendung willen, so wenig die zu unsittlichem Zwecke geschaffenen, ja auch selbst ihrem Inhalte nach unsittlichen Rechtsnormen ihren Charakter als „Recht". Freilich ist dies nur verständlich von einer Grundanschauung aus, für die der Charakter des Rechts als solchen ein rein formaler ist. Allein, wer sich klar geworden ist, wie weit die Rechte auch hochkultivierter Völker — wie einerseits der Ägypter, Griechen, Römer, anderseits unserer modernen Staaten — in Bezug auf Sklaverei, Ehebruch, Incest, ja überhaupt alle möglichen Beziehungen auf dem Gebiete der Familie, also gerade derjenigen Rechtsgemeinschaft auseinandergehen, die als die älteste Art von Menschengemeinschaft bezeichnet werden darf, der wird sich nicht der Folgerung entziehen können, dass der allgemeine Charakter des Rechts nur ein formaler sein kann.

derartigen Versuchen ein gewisser Gewinn für die Statistik des Rechts erwachsen; für die Rechtswissenschaft im engern Sinne dagegen, insbesondere für die juristische Prinzipienlehre hätten wir solchen keinesfalls zu erwarten. Um so wichtiger erscheint für letztere die Frage: Welche Folgen lassen sich für die Lehre vom Unrecht aus der Verschiedenheit rechtlicher Beziehungen ableiten, die zwischen mehreren Rechtsgemeinschaften als solchen oder doch für eine und dieselbe Person gegenüber diesen mehreren Rechtsgemeinschaften bestehen?

Dass die Rechtsnormen verschiedener Gemeinschaften, zwischen denen schlechthin keine rechtliche Beziehung oder wenigstens kein Verhältnis der Subordination oder auch nur Subsumtion besteht, unendlich weit auseinandergehen können dergestalt, dass zahlreiche Handlungen, die in dem einen Gemeinschaftsgebiete als Unrecht sich darstellen, in dem andern vielmehr als geboten oder doch zweifellos rechtlich erlaubt erscheinen, bedarf allerdings wohl keiner erneuten Erörterung. Dagegen ist um so nachdrücklicher auf die Konsequenzen hinzuweisen, die sich unter gewissen Umständen aus einer derartigen Verschiedenartigkeit oder geradezu Gegensätzlichkeit des Rechts mehrerer koordinierter Gemeinschaften (Band I, § 19, Nr. 9, S. 347 f.) ergeben.

Die eine ist die Kollision von Rechtspflichten, in welche derjenige — notwendig oder gelegentlich — sich verwickelt sieht, der gleichzeitig Mitglied mehrerer solcher Gemeinschaften ist. So lagen z. B. die Dinge in Preussen für zahlreiche Katholiken, insbesondere Bischöfe und andere Geistliche, während des sogen. Kulturkampfes: Indem sie der kirchlichen Ordnung unentwegt Gehorsam hielten, übertraten sie die Normen der gegen diese gerichteten kirchenpolitischen Gesetze und verletzten die darin zum Ausdruck gebrachten Rechtsansprüche des Staates; hätten sie das Gegenteil getan, so würden sie umgekehrt Unrecht wider die Kirche und ihr Recht begangen haben. Freilich ist der preussische Staat bei jener Gesetzgebung von der Voraussetzung ausgegangen, dass auch die katholische Kirche innerhalb seines Gebietes verpflichtet sei, sich seinen Anordnungen zu fügen und damit auch ihren Mitgliedern und Beamten die Gewissensbedrängnis durch eine derartige Pflichtenkollision zu ersparen. Allein rechtlich

begründet, d. h. zurückführbar auf ein für beide Teile gemeinsames, zweifellos gültiges — allseitig oder auch nur von den betreffenden beiden Gemeinschaften gleichmässig anerkanntes — Recht, war jene Voraussetzung ebensowenig, wie die diametral entgegengesetzte der Kirche, nach welcher sich diese für berechtigt hielt, die meisten jener kirchenpolitischen Gesetze für null und nichtig zu erklären. Und darum darf auch weder der Widerstand der Kirche als solcher, noch das vorausgehende und dann infolge des Widerstandes mehr und mehr sich steigernde Vorgehen des Staates als Unrecht im juristischen Sinne prädiziert werden.

Ganz anders schon stellt sich die Sache, wo die in Betracht kommenden mehreren Gemeinwesen zugleich als Glieder einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft erscheinen, selbst wenn die letztere nicht als eine ihnen superordinierte anzusehen ist. Wir erinnern vor allem an die Stellung der Staaten als Mitglieder einer Völkerrechtsgemeinschaft. Hier ist Unrecht auf Grund des für alle dazu gehörigen Staaten geltenden Völkerrechts in doppelter Weise denkbar: einmal im direkten Verkehr von Staat zu Staat; sodann aber auch durch eine völkerrechtswidrige Behandlung fremder Staatsgenossen. Auch ist es für die Auffassung des zuletzt erwähnten Unrechtsfalls an und für sich gleichgültig, ob diese völkerrechtswidrige Behandlung auf einem Gesetze des fraglichen Staates beruht oder vielmehr dessen eigenen Gesetzen zuwiderläuft. In beiden Fällen liegt ein zwiefaches Unrecht vor, nur in verschiedener Gestalt. In dem zweiten Falle verstösst die rechtswidrige Handlung gleichmässig gegen das Staatsgesetz (als Handlung des tatsächlich handelnden Staatsorgans), wie gegen das Völkerrecht (als Handlung des Staates selbst). Im andern verstösst sie nur wider das Völkerrecht (als Handlung des Staates), während sie vom Standpunkte des Staatsgesetzes aus nicht Unrecht, ja vielleicht geradezu geboten ist; wohl aber enthält hier das Gesetz selbst schon eine Verletzung der Völkerrechtspflicht des Staates.[3])

[3]) Wesentlich anders würde sich freilich das Bild gestalten, wenn die neuerdings mehrfach auftretende Ansicht begründet wäre, dass die rechtsverbindliche Grundlage des Völkerrechts allein das Recht der Einzelstaaten, also insbesondere die Staatsgesetzgebung sei. Von diesem Standpunkte aus, wie ihn z. B. Zorn vertritt, ist es natürlich nur konsequent, wenn man die

Blicken wir dagegen auf Rechtsverhältnisse, die einander subordiniert bezw. superordiniert sind, so erscheinen Gegensätze und Pflichtenkollisionen von der vorher erörterten Art allgemeinhin als ausgeschlossen. Denn alle subordinierten Normen sollen ja eben — nach ihrer Natur als subordinierte — immer bloss Geltung haben, soweit sie sich mit den ihnen superordinierten in Einklang befinden. Wo uns trotzdem subordinierte Normen entgegentreten, die mit dem ihnen superordinierten Rechte inhaltlich nicht zu vereinbaren sind, da geht das letztere unbedingt vor; man kann also wohl unter Umständen ein Unrecht, weil einen Verstoss gegen das superordinierte Recht, in der Setzung dieser subordinierten Normen sehen, nicht aber in der Nichtachtung der also gesetzten, in Wahrheit ungültigen Normen. Umgekehrt enthält jede Übertretung einer wirklich gültigen subordinierten Norm stets zugleich eine Übertretung derjenigen superordinierten Norm, auf welche die Geltung der ersteren zurückweist. Ist diese superordinierte Norm in einem Privatrechtsgesetze enthalten, so folgt daraus zugleich, dass die Übertretung der subordinierten Norm — beispielsweise einer Vertrags- oder Testamentsnorm — ausser der Verletzung eines Privatrechtsanspruchs auch noch die eines öffentlich-rechtlichen, staatlichen Anspruchs in sich schliesst. Liegt endlich in der Handlung, die sich als Übertretung der subordinierten Norm darstellt, gleichzeitig auch eine Übertretung bezüglich irgend einer andern, selbständigen — der fraglichen subordinierten Norm nicht direkt superordinierten — Norm des superordinierten Rechts, so

---

Unterscheidung zwischen der völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Geltung der Staatenverträge schlechtweg verwirft. Aber man darf sich dann auch nicht verhehlen, dass hiernach schon der Ausdruck „Staatsvertrag" oder „völkerrechtlicher Vertrag" nichts anderes ist als eine offizielle Lüge, der angebliche Vertrag in Wahrheit nur ein nach vorausgegangenen — an sich durchaus unverbindlichen — Vorverhandlungen zwischen mehreren Staaten von diesen gleichmässig erlassenes Gesetz und demgemäss auch das, was wir Vertragsbruch oder vertragswidriges Verhalten nennen, höchstens eine Gesetzesübertretung, ja, in vielen Fällen bloss eine rechtlich erlaubte Gesetzesänderung. Ob derartige, ganz unabweisliche Konsequenzen noch in Einklang zu bringen sind mit den Rechtsanschauungen, welche bisher den wirklichen Verkehr zwischen Staaten und Völkern beherrscht haben, muss doch mehr als zweifelhaft erscheinen.

tritt selbstverständlich zu dem durch Übertretung der subordinierten Norm (bezw. der direkt superordinierten Norm) begangenen Unrecht noch ein weiteres Unrecht hinzu: die zunächst nur nach der einen Richtung hin charakterisierte Handlung kennzeichnet sich zugleich als eine Normübertretung und Rechtsverletzung nach einer zweiten Richtung.[4])

Die letzten Sätze gelten — mit leicht zu findenden Modifikationen — auch bei der Übertretung bloss subsumierbarer Normen, z. B. bei der Übertretung fremder Staatsgesetze unter Voraussetzungen, unter denen ihre Beobachtung von unserm Rechte gefordert wird. Dagegen versteht sich von selbst, dass die Nicht-Übereinstimmung zwischen den fraglichen beiden Rechtsnormengruppen hier niemals die Gültigkeit der nach der allgemeineren Regel zu subsumierenden Normen an sich, sondern höchstens deren

---

[4]) Die Erörterung der verschiedenen Rechtsfolgen, die sich an ein solches mehrfaches Unrecht knüpfen können, gehört an und für sich nicht hierher. Um jedoch Missverständnissen vorzubeugen, will ich schon jetzt eine kurze Bemerkung darüber machen. Es ist durchaus denkbar, dass an jede Normenübertretung und bezw. Anspruchsverletzung sich eine besondere Rechtsfolge anschliesst oder sogar eine Mehrzahl von Rechtsfolgen: so z. B. an die Übertretung einer Vertragsnorm der Anspruch des dadurch verletzten Teiles auf nachträgliche Erfüllung, auf Vertragsstrafe oder Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung, und überdies noch ein Anspruch des Staates auf öffentliche Strafe. Allein ebensogewiss ist es möglich, dass das subordinierte Recht im Hinblick auf das superordinierte gar keine Rechtsfolge vorsieht und zugleich das superordinierte auf eine einzige oder doch auf eine Minderzahl von Rechtsfolgen selbst dann sich beschränkt, wenn ausser der Norm, auf welcher die Geltung der übertretenen subordinierten Normen beruht, auch noch irgend eine andere seiner eigenen Normen, z. B. das allgemeine Verbot einer Verletzung des Eigentums, missachtet worden ist. Ob im einzelnen Falle das Eine oder das Andere anzunehmen, ist natürlich eine rein positiv-rechtliche Frage. Welche Stellung in dieser Hinsicht z. B. unser B. G. B. eingenommen hat, wie sich insbesondere seine Bestimmungen über Vertragsverletzung zu dem § 823, Abs. 1 verhalten, ist bekanntlich eine sehr bestrittene Frage, die hier nicht näher erörtert werden kann; in der Hauptsache teile ich die Ansicht von Enneccerus (Lehrbuch d. B. R., I, S. 836 f. sub II und S. 842 sub lit. d.). Nur das Eine möchte ich hier nochmals scharf betonen: dass es sich bei diesem Streite immer nur um die eingreifenden Rechtsfolgen des Unrechts und die für dieselben zu machenden Voraussetzungen handelt, dagegen nicht um die im Texte erörterten Dinge als solche.

Subsumierbarkeit oder m. a. W. ihre Anwendbarkeit im Gebiete des im allgemeinen supersumierbaren Rechts ausschliesst.

2. Dass mit der Verschiedenartigkeit des Unrechts auf Grund der Verschiedenheit der Rechtsgebiete, denen die übertretenen Normen angehören, regelmässig zugleich eine Verschiedenheit der Subjekte des rechtswidrigen Handelns gegeben oder vielmehr vorausgesetzt ist, geht bereits aus dem in Nr. 1 Gesagten zur Genüge hervor. Aber auch innerhalb eines und desselben Rechtsgebiets, auf dem Boden derselben Rechtsgemeinschaft, ist eine mehrfache Unterscheidung und Rubrizierung des Unrechts im Hinblick auf die rechtswidrig handelnden Personen denkbar.

Namentlich beruht auf diesem Gesichtspunkte die bekannte Unterscheidung von gemeinen und besonderen Delikten, sowie innerhalb der letzteren je nach den verschiedenen in Betracht kommenden Personenklassen die weitere von Militärverbrechen, Beamtenverbrechen usw. Indessen ist gerade über die Bedeutung dieser Unterscheidung wenig oder nichts Allgemeines zu sagen. Schon die Frage, wer zu jenen besonderen Personenklassen, speziell zu den Militärpersonen und zu den Beamten zu rechnen, desgleichen die andere, inwieweit diese dem für die Staatsgenossen überhaupt geltenden Rechte ebenfalls unterliegen, ob und inwieweit ferner die allgemeineren Grundsätze des letzteren, z. B. die Vorschriften des allgemeinen Teiles des Strafgesetzbuches auch auf das Sonder-Unrecht der Genannten und umgekehrt die Bestimmungen über Sonderdelikte auf daran beteiligte Dritte anwendbar seien, ist gar nicht schlechthin, sondern immer bloss aus dem einschlagenden positiven Rechte heraus zu beantworten. Und so würde auch die eingehendste Untersuchung über dieses mehr oder weniger ausgedehnte Sonder-Unrecht schliesslich uns kaum weiter führen, als zu einer abermaligen Bestätigung der schon wiederholt betonten Tatsache, dass auch die innerhalb ein und derselben Rechtsgemeinschaft, insbesondere innerhalb desselben Staates geltenden Rechtsnormen nicht in gleicher Weise an alle Rechtsgenossen sich richten, und dass Unrecht immer bloss von denen begangen werden kann, für welche die betreffenden Normen gelten wollen oder m. a. W. von denen, von welchen sie gerade Beobachtung fordern.

Dagegen ist es wohl angezeigt, ausgehend von dieser Tatsache, auf eine mehrfache Verschiedenartigkeit der Unrechts-Subjekte hinzuweisen, die in anderem Zusammenhange bereits früher — an verschiedenen Stellen — von uns berührt worden ist, aber doch bisher noch keine zusammenfassende Erörterung gefunden hat. Ich meine die Unterschiede zwischen Genossen und Ungenossen, zwischen Staatsangehörigen und Staatsgenossen im weitern Sinne, zwischen Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen, zwischen natürlichen und juristischen Personen.

Geltung im vollen Sinne des Wortes hat ein Recht immer nur für die Genossen, d. h. für diejenigen, welche dasselbe als Norm und Regel ihres Zusammenlebens mit andern tatsächlich anerkennen; für den Ungenossen, z. B. für den Ausländer im Auslande, ist unser Recht an und für sich nicht rechtsverbindlich. Ein Unrecht im vollen Sinne kann demnach ebenfalls bloss von Rechtsgenossen begangen werden. Auch wo eine Rechtsgemeinschaft ausnahmsweise ihre Normen zugleich an Nichtgenossen adressiert, sei es, weil sie diese — entgegen ihrer wirklichen Stellung als Ungenossen — als Genossen betrachtet, wie dies beispielsweise die katholische Kirche prinzipiell mit allen Getauften tut, sei es, weil sie aus irgendwelchen andern Gründen glaubt, auch an Nichtgenossen gewisse Forderungen stellen zu müssen, da ist doch das Zuwiderhandeln der Ungenossen von deren eigenem Standpunkte aus kein Unrecht; es erscheint nur als Unrecht vom Standpunkte des fordernden und sich zu solcher Forderung für berechtigt haltenden Gemeinwesens aus und wird dementsprechend innerhalb seines Machtbereiches behandelt.

Eine veränderte Auffassung ergibt sich allerdings, wenn ein Staat seine Genossen verpflichtet, ein ausländisches Recht insgemein oder doch gewisse Bestimmungen fremder Rechte zu beobachten. Dann ist natürlich das Zuwiderhandeln gegen diese ausländischen Rechtsnormen ebensowohl Unrecht, wie das Zuwiderhandeln gegen das Inlandsrecht. Allein der Grund hierfür liegt hier eben in dem letzteren oder, wenn man lieber will, in dessen Supersumierbarkeit über die Normen des fremden Rechts. (Vergl. oben Nr. 1 a. E., § 37, Nr. 2, Anm. 3 und besonders Band I, S. 122f. nebst Anm. 3.)

Nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung zwischen Genossen und Ungenossen, auch nicht etwa als eine Unterart derselben zu betrachten, sondern vielmehr eine Unterscheidung innerhalb des Rechtsgenossen-Begriffs ist die zwischen Staatsangehörigen und Staatsgenossen im weitern Sinne. Zu der zweiten Kategorie zählen auch Fremde, die sich in dem fraglichen Staatsgebiete aufhalten und dadurch das hierin geltende Recht zugleich für sich als gültig anerkennen, indem sie einesteils den Schutz seiner Ge- und Verbote auch für sich in Anspruch nehmen, andernteils den darin an sie gestellten Forderungen sich unterwerfen müssen. (Vergl. Band I, S. 120 f. und Band II, S. 322 bis 324.) Und demgemäss ist auch ihr Zuwiderhandeln im vollen Sinne Unrecht. Da jedoch die für den Fremden geltenden Normen — nach dem Willen des Staates selbst — regelmässig nur einen Teil des staatlichen Rechts, und zwar einen kleineren, als den für die Staatsangehörigen bestimmten darstellen, so ist auch das Gebiet des für sie möglichen Unrechts ein verhältnismässig beschränkteres. Auf der andern Seite reicht die Wirksamkeit des staatlichen Rechts für die Staatsangehörigen über die Grenzen des äussern Staatsgebietes hinaus. Sie bleibt im allgemeinen bestehen, auch während ihres Aufenthalts im Auslande, solange die Staatsangehörigkeit dauert; freilich, soweit dies im Widerspruch steht mit dem bestimmten Willen eines Ausgewanderten, die Staatsangehörigkeit aufzugeben, nur noch kraft einer gesetzlichen Fiktion (vergl. Band I, S. 121 f.), sowie meist mit gewissen, rein positiv-rechtlichen Einschränkungen.

Im engsten Zusammenhange mit der Unterscheidung zwischen schuldbarem und nicht-schuldbarem Unrecht steht die Einteilung der Unrechts-Subjekte in Zurechnungsfähige und Unzurechnungsfähige. Dass sich die Normen eines Rechts — wenn nicht in gleichem Umfange, so doch zum Teil — auch an Personen richten, die dasselbe Recht als unzurechnungsfähig betrachtet, und dass demgemäss auch von solchen Unrecht begangen, d. h. ein rechtswidriges Verhalten angenommen werden kann, ist in § 37, Nr. 2 ausführlich nachgewiesen worden. Aber dieses Unrecht ist niemals ein schuldbares; denn es darf eben dem Unzurechnungsfähigen, wie diese Wortbildung selbst deutlich zu erkennen gibt,

nicht „zugerechnet", d. h. als seine Schuld beigemessen werden. Umgekehrt begreift der Ausdruck „Zurechnungsfähigkeit" alle die persönlichen Eigenschaften, welche ein Recht in erster Linie voraussetzt, um überhaupt ihrem Besitzer sein objektiv rechtswidriges Tun oder Unterlassen zugleich als seine Schuld „zurechnen" zu dürfen. Die volle Bedeutung und Tragweite dieser Begriffe kann allerdings erst im nächsten Abschnitt klargelegt werden.

Dagegen mag hier noch die Frage eine kurze Erörterung finden, ob und inwieweit auch von einem durch juristische Personen begangenen Unrecht gesprochen werden darf. Auf den ersten Anblick fühlt sich wohl mancher versucht, auf diese Frage kurzweg zu antworten: Was von den Unzurechnungsfähigen gilt, muss auch von den juristischen Personen gelten. Bei näherer Betrachtung ist jedoch hieran nur so viel richtig, dass ein positives Recht auf diesen Standpunkt sich stellen kann und dass speziell unser heutiges bürgerliches Recht im grossen und ganzen wirklich auf ihm steht. Eine logische Notwendigkeit, diesen Standpunkt einzunehmen, gibt es indessen nicht. Einerseits wäre es durchaus nicht undenkbar, dass ein positives Recht sich darauf beschränkte, ein Subjekt von Rechten zu fingieren, ohne damit gleichzeitig die Fiktion eines Tuns oder Unterlassens dieses Rechtssubjekts zu verbinden; und dann würde folgerichtig nicht einmal von einem objektiv rechtswidrigen Verhalten eines solchen Subjekts zu reden sein. Anderseits steht aber auch gar nichts entgegen, wenn man in der juristischen Person überhaupt ein handelndes Subjekt erblickt — und in der Fiktion eines Pflichten-Subjekts ist in der Tat diese weitere Fiktion bereits mehr oder weniger mit enthalten —, dann dieses fiktive Handeln nicht bloss, sofern es im Widerspruch sich befindet mit irgendwelchen Rechtsgeboten, als ein objektiv widerrechtliches, sondern auch sogar unter bestimmten Voraussetzungen als ein schuldbares, der juristischen Person selbst zuzurechnendes vorzustellen. Ja, für das Gebiet des Völkerrechts darf diese Auffassung schon jetzt als allgemein anerkannte gelten: Wenn wir von völkerrechtlichen Delikten sprechen, wie es zweifellos längst üblich ist, so schreiben wir damit offenbar den Staaten selbst als Subjekten des Völkerrechts ein Unrechthandeln zu.

3. „Objekt des Unrechts“ ist, wie schon das Wort „Unrecht“ andeutet, natürlich das Recht, zu welchem das als Unrecht bezeichnete Verhalten in Widerspruch tritt. Das will sagen: Je nachdem wir das Unrecht als Normenübertretung oder als Rechtsverletzung oder als Rechtsstörung erkennen, ist sein Objekt die übertretene Rechtsnorm, der verletzte Rechtsanspruch, die gestörte Rechtsordnung. Fast noch gewöhnlicher jedoch ist es, bei dem Titel „Objekt des Unrechts“ an das materielle oder ideelle Gut oder Interesse zu denken, das durch das Recht geschützt werden soll, und gelegentlich auch wohl an „noch andere Objekte“, die von dem rechtswidrigen Verhalten irgendwelcher Personen getroffen erscheinen.

Beides lässt sich, wenigstens mit einer alsbald zu erwähnenden Modifikation, sehr wohl rechtfertigen. Nach unsern früheren Ausführungen in § 14, Nr. 1 (Bd. I, S. 239 ff.) ist Objekt im strengsten logischen Sinne alles dasjenige, worauf eine gewisse Tätigkeit eines irgendwie bestimmten Subjekts sich richtet. Vielleicht hätte ich statt „Tätigkeit“ noch richtiger gesagt: „Verhalten“; denn in der Tat hat auch ein blosses Unterlassen — sprachlich sowohl, als logisch — stets ein bestimmtes Objekt, und meine weiteren Erörterungen a. a. O. zeigen auch, dass ich dies schon damals nicht verkannt habe. (Vergl. insbesondere S. 240, Anm. 1 a. E., 244 u. a.)[5])

[5]) Abgesehen von der soeben erwähnten, wesentlich nur formellen Korrektur, habe ich keinen Grund gefunden, meine Ansicht über den streng logischen Begriff des „Objekts“ zu ändern. Allerdings bin ich z. Z. ernstlich im Zweifel, ob ich mich hierfür noch auf den Sprachgebrauch der Grammatik berufen darf; denn unsere neueste Sprachwissenschaft zeigt eine sehr entschiedene Neigung, die alten schulmässigen Termini für die verschiedenen Satzteile als unbrauchbar oder irreführend beiseite zu schieben. Vom Standpunkte der ältern Grammatik jedoch, wie sie noch immer unsern Schulunterricht und darum auch den gemeinen Sprachgebrauch beherrscht, wird sich gegen das von mir a. a. O. Anm. 1 Bemerkte kaum etwas Erhebliches einwenden lassen. Am allerwenigsten haben mich die Ausführungen Oppenheims in seinem Buche über „die Objekte des Verbrechens“ (Basel 1894) in meiner Anschauung irre machen können. Es ist hier natürlich nicht möglich, auf das Detail dieser Ausführungen einzugehen; nur einige Hauptbedenken mögen kurz hervorgehoben werden. Ausgehend von dem Gegensatze zwischen Objekt und Subjekt, wie er in der Tat der ursprünglichen Bildung und Verwendung seitens der Philosophie, aber durchaus nicht allgemeinhin unserm

Ist nun alles Unrecht entweder ein Tun oder ein Unterlassen, so ergibt sich hieraus jene doppelte Gestaltung des Objekts von selbst. Als Zuwiderhandeln wider das Recht hat das Unrecht zum Objekt eben dieses Recht und zwar nach seinen verschiedenen Seiten als Rechtsnorm, Rechtsanspruch, Rechtsordnung. Aber dieses Zuwiderhandeln ist doch niemals als ein Verhalten wider das Recht schlechtweg, sondern immer bloss als ein inhaltlich bestimmtes Tun oder Unterlassen denkbar, und diese seine nähere Bestimmtheit besteht vor allem in der Richtung auf ein Etwas, das meist als Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse, besser aber als Gegenstand eines solchen Interesses oder — gemäss unserer Ausführung in § 14, Nr. 3 ff. — als „Rechtsobjekt", d. h. als Objekt eines Rechtsanspruchs bezeichnet wird.

---

heutigen Sprachgebrauche entspricht, gelangt Oppenheim, nach einer Schritt für Schritt vorschreitenden Zusammenstellung aller möglichen Arten von Objekten (richtiger: Vorstellungs-Objekten), zu dem vorläufig abschliessenden und für seine weitere Darstellung grundlegenden Satze (S. 76 ff., insbesondere 79): „Objekt im logischen Sinne ist alles und jedes, was das menschliche Bewusstsein einer Betrachtung unterwirft." Dieses Fundament der weiteren Untersuchung muss von vornherein als ein sehr unsicheres erscheinen. Wenn in jenem Satze eine Erklärung über „Objekt" im Sinne der formalen Logik, d. h. über den allgemeinen Begriff des Objekts gegeben werden sollte, so müsste er auch da zutreffen, wo wir vom Objekte einer Empfindung oder einer Handlung oder noch spezieller vom Objekte einer ganz bestimmten Art von Handlung reden; und dies ist sicherlich nicht der Fall. Versteht man hingegen unter „Objekt im logischen Sinne" bloss dasjenige, was wir gelegentlich als das Objekt schlechtweg, insbesondere vom Standpunkte der theoretischen Philosophie oder der erkenntnistheoretischen Logik aus kennzeichnen, so enthält jener Satz eine reine Tautologie, zu deren Begründung es wahrlich nicht erst der vorausgehenden Sammelarbeit bedurft hätte; denn dieses Objekt ist eben nichts anderes, als was wir genauer „Objekt unseres Denkens oder Vorstellens" nennen sollten. In der Tat stehen denn auch die weiteren Erörterungen Oppenheims mit jenen angeblich grundlegenden nur insofern in einem losen Zusammenhange, als alle „Handlungs-Objekte" notwendig irgendwie vorstellbar, also auch „Vorstellungs-Objekte" sind, und Oppenheim dadurch auch stets Gelegenheit findet, sie als solche oder, wie er zu sagen beliebt, als „Objekte im logischen Sinne" vorzuführen. Sehen wir uns z. B. die Definition des Handlungs-Objekts an, die Oppenheim a. a. O. S. 89, 91 und insbesondere 141 gibt: „Als Handlungs-Objekt erscheint vom Standpunkte des Subjekts aus dasjenige Objekt im logischen Sinne, mit welchem das Subjekt in einen selbstbezweckten Zusammenhang getreten ist." Diese Definition wäre ganz ebenso

Die Sache liegt hier mithin im Grunde genau umgekehrt, wie bei unserer früheren Erörterung über die Objekte der Rechtsverhältnisse: Während dort als Objekt des Rechts im strengsten logischen Sinne das vom Rechte geforderte Verhalten, dagegen als Rechtsobjekt im gewöhnlichen Sinne erst ein Mittelbares, nämlich das Objekt des so geforderten Verhaltens nachgewiesen wurde, erkennen wir jetzt als nächstes Unrechts-Objekt das von der rechtswidrigen Handlung getroffene Rechtsobjekt; und nur darum, weil das Objekt der Handlung zugleich Rechtsobjekt ist, erscheint auch das Recht selbst bezw. die schützensollende Norm und der entsprechende Rechtsanspruch gleichfalls als Objekt des Unrechts.

---

vollständig, wenn statt der Worte „dasjenige Objekt im logischen Sinne" bloss gesagt wäre: „das Etwas, womit". Darüber aber, warum dieses „Etwas" oder „Objekt im logischen Sinne" auch als Objekt einer Handlung bezeichnet werde, gibt sie gar keinen Aufschluss. Und damit kommen wir auf den Grundfehler der Oppenheimschen Ausführungen: Es fehlt darin überhaupt an einem allgemeinen Begriff des Objekts oder m. a. W. an einer bestimmten Vorstellung davon, was denn die allgemeine sprachgebräuchliche Bedeutung des Wortes „Objekt", insbesondere in all den Fällen ist, wo wir dasselbe in Verbindung mit einem Genetiv gebrauchen. Nur dadurch wird es begreiflich, nicht bloss durch die zu einseitige Fassung des Handlungsbegriffs, dass Oppenheim kein Objekt von Unterlassungen kennen will, während in Wahrheit jedes Unterlassen ohne Objekt, d. h. ohne den Hinblick auf ein bestimmtes Etwas (genauer: auf ein bestimmtes Handeln), das jemand unterlässt oder unterlassen soll, etwas völlig Sinnloses sein würde. Ebendarum kommt er aber auch gar nicht zu einer einheitlichen Begriffsbestimmung des Objekts der „Handlung" als des Objekts einer „Willensverwirklichung durch Muskelbewegung". Auf der einen Seite nämlich spaltet sich ihm der Begriff des Handlungs-Objekts, je nachdem die Handlung vom Standpunkte des Handelnden oder von dem des Betrachters angesehen werde; eine Spaltung, deren Bedenklichkeit noch erhöht wird durch die daran angeknüpften gekünstelten Definitionen. Auf der andern Seite bringt es Oppenheim fertig, neben diesem gedoppelten eigentlichen Handlungs-Objekte noch ein räumliches und zeitliches zu konstruieren, wo bisher noch kein Unbefangener daran gedacht hat, die betreffenden räumlichen oder zeitlichen Beziehungen der Handlung als deren Objekte zu bezeichnen. Und schliesslich weist auch die Unterscheidung von „Definitionsobjekt", „Schutzobjekt" und „Verbrechensobjekt im engern Sinne" — mindestens teilweise — auf den oben erwähnten Grundfehler zurück. Ausführlichere Belege über die Unhaltbarkeit der Oppenheimschen Aufstellungen siehe in der auch sonst beachtenswerten Dissertation von Peter Wagner: „Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens" (Darmstadt 1897), S. 12—32.

4. Fassen wir nun diese mehrfachen Objekte des Unrechts einzeln ins Auge, so ist zuvörderst klar, dass die gestörte Rechtsordnung für eine Unterscheidung verschiedener Unrechts-Arten nur in der Weise in Betracht gezogen werden kann, wie dies bereits in Nr. 1 geschehen. Für jede weitere Klassifikation des Unrechts bildet die „Rechtsordnung" bloss den äusseren Rahmen, innerhalb dessen die Einteilung und Gruppierung sich zu vollziehen hat. Denn je verschiedener die Zwecke der einzelnen Rechtsgemeinschaften, um so ungleichartiger sind natürlich ihre Rechtsordnungen; und je mehr diese Rechtsordnungen voneinander abweichen, um so mannigfaltiger muss eine Klassifikation des Unrechts innerhalb derselben ausfallen. Man denke nur vergleichsweise an zwei so verschiedene Arten von Gemeinwesen, wie Staaten und Kirchen, und man wird sofort zugeben, dass es hier ganz unmöglich ist, ein einheitliches und doch nicht völlig inhaltloses Schema der Unrechts-Arten für beide aufzustellen. Ja, bei näherer Betrachtung erscheint es sogar mehr als gewagt, einen solchen Versuch für Eine bestimmte Art von Rechtsgemeinschaften, etwa speziell für die Staaten im allgemeinen, zu machen. Die Gegensätze in der Rechtsentwickelung der verschiedenen Völker und Zeiten sind doch gar zu gross und selbst für die Kulturstaaten der Gegenwart ergeben sich im einzelnen recht bedeutsame Abweichungen in der rechtlichen Behandlung der gleichen Dinge, also entsprechend auch in der Auffassung des Unrechts.

5. Die Verschiedenartigkeit der einzelnen übertretenen Rechtsnormen, wie sie in Bd. I, §§ 4—8 erörtert worden ist, bietet in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Unterscheidung verschiedener Unrechts-Arten. Dass der Zweiteilung der selbständigen Rechtsnormen in Verbote und Gebote die Scheidung der Delikte in Commissiv- und Omissivdelikte entspricht, bedarf wohl keiner besondern Erläuterung. Doch ist es vielleicht nicht überflüssig, zu bemerken, dass es sich dabei um eine Einteilung nicht bloss des schuldbaren (Unrechts), sondern vielmehr des gesamten, auch des rein objektiven Unrechts handelt und dass wir demgemäss schlechtweg von Begehungs- und Unterlassungs-Unrecht reden dürfen. Die Schlussfolgerungen ferner, die sich aus der Gegenüberstellung von super- und subordinierten Normen, sowie aus der Verschiedenheit

der räumlichen Geltung der Rechtsnormen ziehen lassen, sind in der Hauptsache schon oben in Nr. 1 berührt. Hier ist nur etwa noch hinzuzufügen, dass das dort Gesagte auch sinngemäss Anwendung findet in Fällen, wo ein Übereinander super- und subordinierter Normen oder ein verschiedenes Maass der räumlichen Geltung schon innerhalb ein und desselben Rechtsverhältnisses zu konstatieren ist. So enthält z. B. die Übertretung einer Ausführungsverordnung stets zugleich eine Übertretung des Gesetzes, sofern sie sich nur wirklich als dessen vorschriftsmässige Ausführung darstellt, und demnach treten auch die vom Gesetze selbst für Zuwiderhandlungen gegen dasselbe allgemeinhin vorgeschriebenen Rechtsfolgen, falls nicht bestimmte Gründe gegen eine solche Absicht des Gesetzes sprechen, ganz ebenso bei Zuwiderhandlungen gegen die Ausführungsverordnung, wie bei solchen gegen speziellere Vorschriften des Gesetzes selbst ein. So versteht es sich anderseits von selbst, dass eine rechtliche Anordnung regelmässig bloss innerhalb des räumlichen Bezirks übertreten werden kann, für welchen sie Geltung beansprucht, auch wenn der, welcher jene Anordnung erlassen hat, an und für sich befugt gewesen wäre, ihre Wirksamkeit viel weiter auszudehnen.

Von hervorragender Wichtigkeit für die Klassifikation des Unrechts vom Gesichtspunkte der übertretenen Rechtsnormen aus ist die in § 8 (Band I, S. 133 ff.) erörterte Unterscheidung der Normen bezüglich ihres Wertes. Zuvörderst erhält von diesem Gesichtspunkte aus die bereits in § 38, Nr. 1 berührte Scheidung zwischen strafbarem und nicht-strafbarem Unrecht erst ihre tiefere Begründung. Wohl bildet den formellen Einteilungsgrund für diese Scheidung nichts anderes als das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer bestimmten Rechtsfolge; und auf dem Boden eines gegebenen positiven Rechts mag es müssig erscheinen, nach einem tieferen Grunde für die Einteilung auch nur zu fragen. Allein sobald wir das Recht selbst als ein fortgesetzt werdendes ansehen, wie dies zumal der Gesetzgeber zweifellos tun muss, da zeigt sich sofort das Bedürfnis, die Angemessenheit der Strafe — sowohl als Rechtsfolge eines gewissen Unrechts überhaupt, als nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung —

immer wieder von neuem zu prüfen; und das für die bezügliche Entscheidung oder m. a. W. für die Gesetzgebung Maassgebende kann in erster Linie immer nur der besondere Wert sein, den wir den einzelnen Rechtsnormen beilegen, um deren Übertretung es sich handelt.[6]) Ganz ähnliches gilt in Betreff der Unterscheidung von Kriminal- und Disziplinar-Unrecht innerhalb des strafbaren Sonderunrechts der Beamten und Militärpersonen. Das will sagen: Formell bildet auch hier das Unterscheidungsmoment die verschiedene Rechtsfolge, genauer die verschiedene Strafart; aber nicht minder gewiss liegt der zureichende Grund für die Wahl der einen oder andern Strafart seitens des Gesetzgebers in einer verschiedenen Wertung der als verletzt vorausgesetzten Amts- oder Dienstpflichten bezw. der diese Pflichten auflegenden Rechtsvorschriften.[7]) Endlich ist unter den Gesichtspunkt der Verschiedenwertigkeit der übertretenen Rechtsnormen auch die bedeutsame Unterscheidung zwischen Kriminal- und Polizei-Unrecht zu bringen. Wie es überhaupt die eigentümliche Aufgabe der Polizei ist, vorbeugend zu wirken teils gegen künftiges mögliches Unrecht, teils gegen sonstige schadenbringende Einflüsse, z. B. der Naturgewalten, so besteht auch das Charakteristische der materiellen „Polizeinormen“ in der ausschliesslichen Berücksichtigung des Vorbeugungszweckes; die Übertretung einer reinen Polizeinorm enthält für sich allein keine Schädigung oder Gefährdung besonderer Interessen oder Güter. Ebendarum kommt allen

---

[6]) Vergl. Bd. I, § 8, insbesondere Nr. 6 (S. 141—144), wo namentlich auch der genauere Nachweis geführt ist, dass es sich hier wirklich um einen verschiedenen Wert der Rechtsnormen selbst, nicht etwa bloss um eine Verschiedenwertigkeit der Güter oder Interessen handelt, die durch jene Normen geschützt werden sollen.

[7]) Es darf hierbei ruhig dahingestellt bleiben, ob es möglich ist, das gesamte Disziplinar-Unrecht, etwa als Verstoss gegen eine blosse Sonderordnung des Beamtentums, von dem kriminell strafbaren Beamten-Unrecht theoretisch scharf zu unterscheiden. Denn unter allen Umständen ist doch die Tatsache, dass für eine gewisse Kategorie des von Beamten (oder Militärpersonen) begangenen Unrechts nur Verurteilung in eine Disziplinarstrafe zulässig erscheint, nur dadurch zu erklären, dass den übertretenen Normen ein durchweg geringerer Wert beigelegt wird, als denjenigen, auf deren Übertretung Kriminalstrafe steht.

Polizeinormen als solchen bloss ein sekundärer Wert im Vergleich mit andern Rechtsnormen zu, die eine Schädigung oder Gefährdung solcher Interessen oder Güter direkt verbieten, und entsprechend allem Polizei-Unrecht als solchem ein geringeres Gewicht, als dem strafbaren Zuwiderhandeln gegen jene anderen Normen.[8]) Dass übrigens auch das Polizei-Unrecht nicht schlechthin gleich, sondern je nach dem Werte der einzelnen übertretenen Normen verschieden schwer wiegt, ist bereits in Band I, S. 144 betont und nachgewiesen worden. Für eine weitere Klassifikation des Unrechts ist jedoch hieraus ebensowenig etwas zu entnehmen, wie aus der ungleich mannigfaltigeren Abstufung des Kriminalunrechts nach seiner spezifischen Schwere.

6. Um so mehr Beachtung verlangt in dieser Hinsicht die Verschiedenartigkeit der verletzten Rechtsansprüche oder subjektiven Rechte. Dies gilt nicht bloss im Sinne jener älteren Theorie, die in der Verletzung subjektiver Rechte das Kennzeichen der an erster Stelle zu nennenden und zugleich umfassendsten Gruppe von Verbrechen sah und alsdann die einzelnen Verbrechen innerhalb dieser Gruppe nach den Arten der verletzten Rechte ordnete. Vielmehr folgt schon aus unseren wiederholten früheren Ausführungen, dass jede Normenübertretung auch die Verletzung mindestens Eines, häufig sogar mehrerer Rechtsansprüche in sich schliesst. Eine Systematik der Rechtsverletzungen stellt daher — natürlich immer nur innerhalb des Rahmens einer bestimmten Rechtsordnung — zugleich eine Systematik des gesamten Unrechts

---

[8]) Wie weit freilich die Ansichten über das Wesen des Polizei-Unrechts z. Z. noch auseinandergehen, zeigt schon ein flüchtiger Blick in die einschlägige Literatur. (Gute Übersicht und Kritik bei Guderian in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. XXI, S. 828 ff.) Indessen besteht doch eine weit reichende, wenn nicht immer vollbewusste, so doch gefühlsmässige Übereinstimmung darin, dass die Polizeinormen — im Gegensatze zu den sonstigen primären Normen — nur von sekundärer Bedeutung und demgemäss ihre Übertretungen grundsätzlich geringer zu ahnden sind; auch fordert man neuerdings fast allgemein eine vollständig getrennte Behandlung der Polizei-Übertretungen seitens der Gesetzgebung. (Vergl. die Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages [1902] I, S. 272 ff., II, S. 250, III, S. 218 ff. und 271.) Und eben damit ist stillschweigend das anerkannt, worauf es uns hier allein ankommt.

überhaupt dar. Die vollständige Verkennung dieser Tatsache auch seitens der neueren Rechtswissenschaft beruht teils auf der irrigen Auslegung des Wortes „Verletzung", teils auf der ungenügenden Definition des subjektiven Rechts. Hat man sich dagegen einmal klar gemacht, dass „Verletzung" in dem Wortgebilde „Rechtsverletzung" gar nichts anderes bedeutet, als „Hintansetzung" oder „Nichtachtung" eines Rechts (vergl. § 37, Nr. 3, Anm. 11), und hat man zugleich erkannt, dass mindestens Ein subjektives Recht, d. h. ein Rechtsanspruch auf ein gewisses Tun oder Unterlassen Anderer in schlechthin jeder selbständigen Rechtsnorm zum Ausdruck gelangt, so ergibt sich unsere Schlussfolgerung bezüglich der systematischen Bedeutung der Rechtsanspruchs-Verletzung ganz von selbst.[9])

Und zwar ist die Verschiedenartigkeit der verletzbaren Rechtsansprüche, wie sie für unsere gegenwärtige Erörterung in Betracht kommt, eine zwiefache.

Zunächst erscheinen uns die fraglichen Rechtsansprüche verschieden im Hinblick auf die Subjekte, denen sie zustehen. Vor allem interessiert hier wiederum der Unterschied zwischen Rechtsansprüchen der Einzelnen und der Gesamtheit, also — sofern wir uns auf den Boden einer staatlichen Rechtsordnung stellen — speziell des Staates. Allerdings ist nicht zu vergessen, dass es sich dabei keineswegs um ein Entweder-Oder handelt, vielmehr in zahlreichen Fällen Rechtsansprüche des Staates und einzelner Staatsgenossen (oder auch einer anderen Korporation,

[9]) Es braucht nicht verhehlt zu werden, dass hierin auch eine beiläufige Ablehnung der neueren Rechtsgüter- und Interessetheorien enthalten ist. Nicht als wenn ich diesen Theorien jedes Verdienst absprechen wollte: der von ihnen gegebene energische Hinweis auf die Zwecke der Rechtsnormen und Rechtsansprüche war sicherlich ein wohlberechtigter. Noch weniger fällt es mir ein, den Gebrauch der Ausdrücke „Rechtsgut" und „rechtlich geschütztes Interesse" gänzlich zu verwerfen; das Gegenteil bezeugen schon meine eigenen Ausführungen, in denen ich diese Ausdrücke öfters verwendet habe. Allein eine andere Frage ist es, ob sie sich zu eigentlich technisch-juristischen Bezeichnungen eignen. Und diese Frage glaube ich nach wie vor (Bd. I, S. 246, Anm. 6) verneinen zu sollen. Sie sind mindestens entbehrlich für den, der über einen richtigen, genügend umfassenden Begriff des subjektiven Rechts und einen dementsprechenden des Rechtsobjekts verfügt. Ganz davon zu schweigen, dass die Vorstellungen, welche man mit ihnen verbindet, noch keineswegs vollständig geklärte sind.

z. B. einer Kirche) nebeneinander durch ein und dieselbe Handlung verletzt werden. Bei Übertretungen von Privatrechtsgesetzen trifft dies sogar, wie wir ebenfalls schon mehrfach bemerkt haben, stets zu. Überdies lässt sich bei jeder Gesetzesübertretung, entsprechend der Übertretung einer doppelten, nämlich einer super- und einer subordinierten Norm, auch die Verletzung eines zwiefachen Rechtsanspruchs des Staates konstatieren; einmal des allgemeinen Anspruchs auf Gehorsam gegen die Gesetze, anderseits des in der subordinierten Norm zum Ausdruck gelangten besonderen Anspruchs auf ein bestimmtes Verhalten seitens des Gesetzübertreters. Und auch da, wo wir gewohnt sind, unsere Aufmerksamkeit vorzugsweise auf die verletzten Privatansprüche zu richten, sind es nicht selten die Ansprüche mehrerer Personen, die gleichzeitig in der Einen rechtswidrigen Tat verletzt erscheinen; so z. B. in der Entführung neben dem Rechte der wider ihren Willen entführten Frauensperson auch das Recht der Eltern oder des Ehemannes. Trotz alledem bleibt der genannte Unterschied der angemessene Ausgangspunkt für jede ausgeführtere Systematik des Unrechts: Entsprechend unserer früheren Unterscheidung zwischen dem Staatsverhältnis im engeren Sinne und der bürgerlichen Gesellschaft, sowie zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht eines Staates ist auch das gesamte innerhalb des Bereichs einer staatlichen Rechtsordnung mögliche Unrecht einzuteilen in öffentliches und bürgerliches (oder Privat-) Unrecht.

Will man dagegen innerhalb jeder dieser beiden Hauptarten die Systematik des Unrechts weiter durchführen, so kann dies nur dadurch erfolgen, dass man das Augenmerk auf den Inhalt der verschiedenen Rechtsansprüche, insbesondere auf deren verschiedene Objekte richtet. Für das Gebiet des Privat-Unrechts hat dieser Grundsatz — wenn nicht mit vollem Bewusstsein, so doch durch die Tat — schon in ziemlich ausgedehntem Maasse Anwendung gefunden, indem sich in Lehr- und Gesetzbüchern des Privatrechts nicht selten die Darstellung des bezüglichen Unrechts unmittelbar an die Darstellung der dadurch verletzten subjektiven Rechte anschliesst. Freilich steht hier daneben stets noch ein besonderes Kapitel über Obligationen aus „unerlaubten Handlungen". Allein abgesehen von der historischen Anknüpfung an die römische Unterscheidung zwischen Kontrakts-

und Delikts-Obligationen erhält dieses Kapitel seine Begründung eigentlich nur durch gewisse andere Mängel unserer Privatrechts-Systematik, namentlich durch die regelmässige Auslassung bezw. ungebührliche Stellung und Verkürzung des Personenrechts. Würden jene Mängel ausgeglichen, so könnte der ganze jetzige Inhalt dieses Kapitels an anderer, geeigneterer Stelle untergebracht werden; und dies wäre um so vorteilhafter, als damit nicht nur der Schein beseitigt würde, als ob die nicht darin aufgenommenen Zuwiderhandlungen gegen privatrechtliche Vorschriften überhaupt nicht unerlaubt, also kein Unrecht seien, sondern auch zugleich jeder Anlass zum Streite über das Verhältnis der darin gegebenen Vorschriften zu den übrigen Bestimmungen eines bürgerlichen Gesetzbuches. Aber auch im Gebiete des öffentlichen Rechts erblicken wir zahlreiche Ansätze zu einer analogen Behandlung des Unrechts, d. h. im unmittelbaren Anschluss an die Feststellung der verletzten Rechte oder, was sachlich dasselbe besagt, an die übertretenen Normen: da nämlich, wo einzelne Rechtsmaterien in Sondergesetzen mehr oder minder vollständig geordnet oder auch nur in wissenschaftlicher Darstellung vorgeführt werden. Nur bei Bearbeitungen des Strafrechts schlechtweg, sei es des gemeinen, sei es der umfassenderen Sonderstrafrechte für Beamte und Militärpersonen, verbietet sich naturgemäss ein solches Verfahren; allein die Bedeutung der verletzten Rechtsansprüche für die Systematik bleibt darum doch schliesslich dieselbe. Und zwar ist dabei vor allem zu beachten, dass es sich — sofern man unter dem Strafrecht genauer das staatliche öffentliche Strafrecht versteht — hier immer um Verletzung staatlicher Rechtsansprüche handelt, dagegen an und für sich nicht um die gleichzeitig etwa verletzten Privatrechtsansprüche von korrespondierendem Inhalt. Objekt „strafbarer Handlungen" im Sinne eines modernen Strafgesetzbuches kann daher immer nur sein, was zuvor als Objekt eines Rechtsanspruchs des Staates anerkannt ist; auch alle davon betroffenen Einzelnen, ihre Persönlichkeit, Eigenschaften, Tätigkeiten, Vermögen kommen als Objekte strafbarer Handlungen immer nur in Betracht, weil und soweit sie auch Objekte staatlicher Rechtsansprüche auf Respektierung derselben sind. Ebendarum ist es auch ganz korrekt, eine Aneinanderreihung der straf-

baren Handlungen nach ihren Objekten mit denjenigen Handlungen zu beginnen, die zum Objekt den Staat selbst, seine Bestandteile oder seine Verfassung, seine mannigfachen Organe und Tätigkeiten haben. Fraglicher mag es sein, inwieweit es richtig ist, hieran eine ziemlich bunte Menge von Handlungen anzuschliessen, die man meist als Verbrechen gegen „Güter der Gesellschaft" oder Gegenstände „öffentlichen Interesses" zu charakterisieren pflegt. Bei näherer Prüfung dürften sich als Objekte dieser Verbrechen bezw. Objekte der verletzten Staatsansprüche teils Stücke oder Einrichtungen der staatlichen Ordnung selbst (so z. B. bei den Münz- und Eidesdelikten), teils Einzelpersonen (wie bei Unterdrückung des Personenstandes, Entführung, Notzucht) oder Korporationen (insbesondere die Religionsgemeinschaften) herausstellen. Ungleich schärfer treten auch schon nach der herrschenden Lehre die Delikte wider die Einzelnen, besser gesagt, diejenigen Delikte hervor, deren Objekt in offensichtlicher Weise die einzelnen Staatsgenossen, und zwar zunächst rücksichtlich ihrer persönlichen Eigenschaften und Tätigkeiten, sodann aber vorzugsweise bezüglich ihres Vermögens nach allen seinen verschiedenen Bestandteilen bilden. Auch die „gemeingefährlichen Verbrechen" sind noch in diese Rubrik zu ziehen; nur dass die Einzelnen oder ihre sachlichen Güter, welche hier die Objekte des verbrecherischen Handelns darstellen, der Zahl und selbst der Art nach von vornherein mehr oder minder unbestimmt gedacht sind. Gar nicht in die gegenwärtige Reihenfolge dagegen gehören, wie schon aus dem oben Bemerkten folgt, die Sonderdelikte der Beamten. Desgleichen nicht das strafbare Polizei-Unrecht; selbst dann nicht, wenn es möglich wäre, dasselbe streng zu gliedern und einzuordnen nach den Objekten, zu deren mittelbarem Schutze die übertretenen Polizeivorschriften getroffen sind.[10])

[10]) Damit ist natürlich in keiner Weise über die Frage entschieden, ob nicht unter den „Übertretungen" im Sinne des Reichsstrafrechts, speziell auch im 29. Abschnitt unseres Str. G. B. sich manche finden, die gar nicht als eigentliches Polizei-Unrecht angesehen werden können. So ist z. B. der Munddiebstahl augenscheinlich nichts anderes als ein privilegiertes Delikt, das systematisch richtiger bei den Strafsatzungen für Diebstahl seine Stelle fände. Doch lassen sich vielleicht gewisse praktisch-ethische Gründe dafür geltend machen, dass derartige besonders geringfügige und entschuldbare Delikte dem Polizei-Unrecht — als uneigentliche Polizeidelikte — angereiht werden.

Vierter Abschnitt.

Die Schuld als Wesensmoment des Unrechts im engern Sinne.

§ 40.

„Unrecht im engern Sinne“ oder „schuldbares Unrecht“ nennen wir dasjenige, welches in Gemässheit des Rechts dem sich rechtswidrig Verhaltenden persönlich — als von ihm zu verantwortendes Unrecht oder, was dasselbe besagt, als seine Schuld — zugerechnet wird.

Die „Schuld“ im juristischen Sinne ist demnach allgemeinhin das Produkt aus dem rechtswidrigen Verhalten eines Subjekts an sich (dem Unrecht im weitern Sinne) und aus der positiv-rechtlichen Wertung desselben als einer den Handelnden belastenden oder verpflichtenden Tatsache.

Aus beiden Definitionen ergibt sich, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise „Schuld“ im juristischen Sinne anzunehmen oder zuzurechnen ist, immer nur auf Grund eines gegebenen positiven Rechtes vollständig beantwortet werden kann. Denkbar aber und tatsächlich in den Rechten verschiedener Völker und Zeiten beschlossen sind sehr mannigfache Antworten; bezeichnet doch sogar die reine „Erfolgshaftung“, genauer betrachtet, bloss eine primitive Art der Schuldzurechnung.

1. Mit den vorstehenden Sätzen treten wir in vollbewussten Gegensatz zu einer Reihe von Anschauungen, wie sie unsere Strafrechtswissenschaft z. Z. mehr oder weniger beherrschen.

Vor allem verwerfen wir die Meinung, dass die „Schuld“ vollständig aufgehe in der subjektiven Beziehung des Unrechthandelnden zu der Handlung als solcher oder, was dasselbe besagt, zu dem eingetretenen oder doch gewollten Erfolge als solchem,

mithin ohne Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung der letzteren.[1]) Wohl bildet irgend eine derartige Beziehung die Voraussetzung jeder Schuld; aber mit der Vorstellung von dieser Beziehung ist der Schuldbegriff noch nicht gegeben, geschweige denn erschöpft. Vielmehr schliesst dieser Begriff stets noch etwas anderes in sich: nämlich ein eigentümliches Werturteil über die vorgestellte Beziehung des Handelnden zur Tat. Und zwar bestimmt sich dieses Werturteil, soweit es sich um „Schuld" im juristischen Sinne handelt, naturgemäss nach denjenigen praktisch-ethischen Anschauungen, die in dem gerade in Betracht kommenden positiven Rechte Ausdruck und Anwendung gefunden haben.[2])

---

[1]) Wenn wir uns hiernach in erster Linie gegen diejenige Auffassung der Schuld wenden, die v. Liszt, bisher selbst einer ihrer Hauptvertreter, als „die heute wie früher vorherrschende, wenn auch nicht immer folgerichtig durchgeführte" bezeichnet (Lehrbuch des Strafrechts, 9. Aufl., S. 152, Anm. 1, 12. Aufl., S. 159, Anm. 2), so ist es vielleicht nicht überflüssig, sogleich hinzuzufügen, dass ich darum keineswegs der von jenem vorzugsweise bekämpften, entgegengesetzten Ansicht Bindings zustimme. Schon bezüglich der grundlegenden „Normenlehre" hat mich v. Liszt ohne genügenden Grund kurzweg den Anhängern Bindings zugezählt (allerdings in der 12. Auflage mit einer gewissen Einschränkung). Für einen aufmerksamen Leser meiner früheren Ausführungen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass meine eigene „Normenlehre" eine wesentlich andere ist, als die Bindingsche, wenn ich auch einen richtigen und bedeutsamen Kern innerhalb der letzteren anerkannt habe. Noch viel grösser aber, wie unsere weitere Darlegung ergeben wird, ist die Differenz zwischen der Schuldlehre Bindings und der unsrigen. Nur darin stimme ich allerdings mit Binding überein, dass mir die ausschliessliche Hervorhebung der subjektiven Beziehung des Handelnden zur Handlung als solcher zur näheren Kennzeichnung des Schuldbegriffs nicht genügt.

[2]) Dieses Werturteil oder, wenn man lieber will, Unwerturteil ist also nicht, wie die Anhänger der hier zurückgewiesenen Ansicht meinen, erst die Folge, sondern ein konstituierendes Merkmal der Schuld. Es ist erfreulich, dass diese Erkenntnis sich mehr und mehr wieder ausbreitet und dass, um mit Alex. Graf zu Dohna (Gerichtssaal, Bd. LXV, S. 313) zu reden, „die ethische Vertiefung des Schuldbegriffs von der modernen Literatur mit wachsender Entschiedenheit in Angriff genommen wird". Aber indem der Genannte im Gegensatz zu den Vertretern der historischen Richtung betont, dass es sich vor allem um die Elemente unseres Schuldbegriffs handle, unterscheidet er nicht genug zwischen dem allgemeinen Schuldbegriff, dessen wir auch bedürfen, um den bezüglichen Inhalt fremder Rechte zu erfassen, und dem besonderen Inhalt, mit dem wir von unserm ethischen Standpunkte aus diesen Begriff erfüllen.

Die Richtigkeit dieser Behauptungen oder doch zuvörderst die Unrichtigkeit der hiermit verworfenen Ansicht ergibt sich schon aus einer aufmerksamen Betrachtung unseres Sprachgebrauches. Danach bildet ganz allgemeinhin — also auch abgesehen zunächst vom spezifisch-juristischen Sprachgebrauche — „Schuld" das Gegenstück zum „Verdienst". Das will sagen: Wie das Wort „Verdienst" stets zugleich eine Billigung oder Anerkennung in Bezug auf eine gewisse Leistung ausdrückt, so das Wort „Schuld" stets zugleich eine Missbilligung oder mindestens ein gewisses Bedauern. Es wird keinem guten Deutschen einfallen, von der „Schuld" Bismarcks an der Gründung des Deutschen Reiches zu reden; im Munde eines ausgesprochenen Reichsfeindes dagegen würde eine solche Sprache keineswegs auffällig sein. Die Berechtigung zum Gebrauche jener Worte kann also unter allen Umständen nur eine relative sein: sie hängt nicht nur ab von einer richtigen Auffassung der subjektiven Beziehung des Handelnden zu seiner Handlung als solcher, sondern mindestens ebenso sehr zugleich von dem praktischen, ethischen oder allenfalls auch ästhetischen Maassstabe, an welchem diese Beziehung gemessen wird. Nur durch den Hinblick auf diesen Wertmesser wird erklärlich, dass derjenige, welcher sich schuldig fühlt, die Schuld an einer vergangenen Handlung als eine Last empfindet, die er sich selbst mit seiner Handlung aufgeladen hat, aber nicht mehr durch eigene Willenskraft allein abwälzen kann. Die blosse Vorstellung von der im Momente der Handlung vorhanden gewesenen subjektiven Beziehung des Handelnden zu seiner Tat als solcher erzeugt nicht notwendig ein solches mehr oder weniger drückendes Gefühl der Schuld oder der bleibenden Verantwortlichkeit für jene Handlung; man denke z. B. an bekannte Fälle von „moral insanity", oder auch an Anschauungen, wie sie in manchen Kreisen des Volkes, namentlich beim weiblichen Geschlechte, in Betreff gewisser geringfügiger Rechtswidrigkeiten herrschen. Anderseits kann es aber auch geschehen, dass wir demjenigen seine Handlung zur Schuld anrechnen, dem jeder derartige Wertmesser oder wenigstens der nach unsern Begriffen allein berechtigte Wertmesser fehlt. Und umgekehrt werden wir unter Umständen — an der Hand unseres Wertmaassstabes — einen von Schuld freisprechen,

der sich selbst — von seinem Standpunkte aus — für schuldig erachtet.

Dass dieser Maassstab für die Schuld im juristischen Sinne immer nur aus einem gegebenen positiven Rechte entnommen werden darf, liegt auf der Hand; sogar die Anhänger der von uns hier bekämpften Meinung geben dies beiläufig zu.[3]) Bei näherer Erwägung jedoch erscheint dieser positiv-rechtliche Maassstab

---

[3]) So sagt z. B. v. Liszt (Lehrbuch des Strafrechts, 9. Aufl., S. 152, 11. Aufl., S. 187): „Nach heutigem Recht setzt, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, die Schuld ein doppeltes voraus: 1. die Zurechnungsfähigkeit des Täters; 2. die Zurechenbarkeit des Erfolges. Diese aber ist gegeben: a) wenn der Erfolg vorausgesehen war (Vorsatz), b) wenn der nicht vorausgesehene Erfolg voraussehbar war (Fahrlässigkeit). Zwar wäre es m. E. richtiger gewesen, die Zusätze „nach heutigem Recht" und „von vereinzelten Ausnahmen abgesehen" erst bei der näheren Bestimmung der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit zu machen; denn irgendwelche Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit wird in Wahrheit bei jeder Schuld vorausgesetzt, wie verschieden dieselbe auch von den verschiedenen Rechten aufgefasst werden mag. Allein wie dem auch sein möge, jedenfalls erkennt doch v. Liszt mit jenen beiden Zusätzen unzweideutig an, dass das Recht die Schuldvoraussetzungen in verschiedener Weise feststellen könne. Damit ist aber auch schon implicite zugegeben, dass die blosse subjektive Beziehung des Handelnden zum herbeigeführten oder doch gewollten Erfolge — also ein Etwas, das als Merkmal jeder Handlung bezeichnet werden muss, — niemals für sich allein schon als „Schuld" sich charakterisiert, sondern immer erst dann, wenn das Recht nach irgendwelchem ihm eigenen, praktischen Wertmaassstabe jene bestimmte Beziehung als „Schuld" oder, richtiger gesagt, als eine schuldbare, d. h. Schuld begründende angesehen wissen will. Ja, in der 12. Auflage hat v. Liszt selbst seine Ausführung im Texte so erheblich modifiziert, dass man zweifeln muss, ob er überhaupt noch an der hier von uns bekämpften Ansicht festhält. Zwar scheint die Beibehaltung der oben (S. 238) citierten Anm. 2 ein solches Festhalten ausdrücklich zu bezeugen. Aber gerade der besonders bezeichnende Schlusssatz der ältern Anmerkung: „Dieses subjektive Merkmal des Handlungsbegriffs (ohne welches schon der Begriff der Handlung — als Erfolges einer Willensbetätigung — gar nicht gedacht werden kann) ist die Schuld" — fehlt in der 12. Auflage, und so dürfte es immerhin gerechtfertigt sein, aus der an den Eingang des § 36 gestellten, wesentlich veränderten Definition der „Schuld" im Zusammenhange mit den daran geknüpften weiteren Bemerkungen auf eine Wandlung der Grundanschauung zu schliessen, wenn auch daraus das wahre Verhältnis des Schuldurteils zum Ausspruch der Unrechtsfolge noch nicht klar zu erkennen ist.

als ein zwiefacher. Der eine, bereits im vorigen Abschnitt (§§ 37 bis 39) von uns eingehend gewürdigte, besteht schon in allen selbständigen, primären Normen des Rechts. Denn es ist ganz unmöglich, sich ein Gebot oder Verbot zu denken, mit welchem nicht eo ipso Zuwiderhandlungen gegen dasselbe als nicht zu billigende Tatsachen charakterisiert wären. Allein über die blosse Nichtbilligung, also eine einfache Negation des Wertes, führt uns dieser erste Maassstab nicht hinaus. Wir können daraus nicht einmal unmittelbar abnehmen, ob die Zuwiderhandlung schlechtweg als Null oder vielmehr als ein Minus zu werten ist; ganz zu schweigen davon, dass doch jedes Minus einer weiteren, genaueren Bestimmung bedarf. Auch kann kein Zweifel darüber obwalten, dass jener erste Maassstab nicht bloss auf das Verhalten Zurechnungsfähiger, sondern auch auf dasjenige Unzurechnungsfähiger und damit auf Fälle Anwendung findet, in denen mindestens nach unserm heutigen Rechte jede „Schuld" ausgeschlossen erscheint. Dagegen gelangt jene bestimmtere Wertung, ohne die wir uns eine wahre „Schuld" nicht denken können, regelmässig zum Ausdruck in den sekundären Rechtsnormen, welche an die Übertretung der primären Normen verschieden bestimmte Rechtsfolgen anknüpfen. Nicht als wenn damit die Rechtsordnung ihr Werturteil selbst ausspräche; nein, die Konstituierung der verschiedenen Rechtsfolgen ist nur die praktische Konsequenz der vorausgegangenen, der äusseren Wahrnehmung sich entziehenden Abschätzung der Schuld, deren Vorhandensein die Bedingung für den Eintritt der bezüglichen Rechtsfolge bilden soll. Aber aus der Vergleichung der verschiedenen Rechtsfolgen, teils untereinander, teils in Beziehung auf die verschiedenen, objektiven und subjektiven Tatbestände, lässt sich nicht nur das Vorhandensein einer solchen Voraussetzung überhaupt erschliessen, sondern — mindestens bis zu einem gewissen Grade — auch deren Inhalt, das will sagen: die Annahme und eigentümliche Wertung der fraglichen Tatbestände als schuldbarer, d. h. nicht bloss objektiv rechtswidriger, sondern zugleich als Unrecht von bestimmtem Charakter und Maasse zuzurechnender Handlungen verantwortlicher Subjekte.

Versuchen wir nach alledem den Begriff „Schuld" nochmals kurz zu definieren, so vermögen wir dies allerdings nicht, ohne

gleichzeitig auf ein gewisses Schwanken unseres Sprachgebrauches hinzuweisen, das sich kaum ganz beseitigen lassen wird. Einmal nämlich verstehen wir unter „Schuld“ die schuldbare Handlung selbst in ihrer Totalität, als dem Handelnden zugerechnetes Unrecht; es ist dies dieselbe Auffassung, der wir bereits oben Ausdruck gegeben haben in den an den Eingang dieses Paragraphen gestellten Sätzen. Das andere Mal meinen wir nur dasjenige an einer Handlung, was diese nicht bloss zu einer objektiv rechtswidrigen, sondern überdies zu einer von dem Handelnden in Gemässheit der gestörten Rechtsordnung zu verantwortenden macht. Beide Bedeutungen des Wortes stehen indessen in so engem Zusammenhange, dass sogar eine gelegentliche Verwechselung meist unschädlich sich erweisen dürfte. Insbesondere stehen beide in gleich scharfem Gegensatze zu der von uns verworfenen Meinung, dass „Schuld“ in einer blossen subjektiven Beziehung des Handelnden selbst zur Handlung als solcher bestehen könnte. Denn dass auch zur „Schuld“ in der vorerwähnten zweiten Bedeutung stets noch ein Werturteil des Rechts über die Beziehung des Handelnden zur Handlung oder, besser gesagt, der aus diesem Urteile sich ergebende, bestimmte rechtliche Unwert (Minus-Wert) der Handlung gehört, bedarf nach unseren bisherigen Erörterungen keiner besonderen Auseinandersetzung.

2. Aus unserer Auffassung der „Schuld“ folgt von selbst, dass „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ in keinem Falle als Arten, sondern immer bloss als Gründe oder Voraussetzungen der Schuld charakterisiert werden dürfen. Es ist in dieser Hinsicht auch ganz gleichgültig, ob wir von dem ersten oder zweiten der in Nr. 1 a. E. vorgeführten beiden Schuldbegriffe ausgehen. Am stärksten drängt sich allerdings diese Erkenntnis beim Hinblick auf unseren ersten Schuldbegriff auf; denn dass „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ nimmermehr Handlungen in ihrer Totalität als Unrecht bezeichnen, liegt auf der Hand. Aber auch von dem zweiten Schuldbegriff aus ergibt sich alsbald das gleiche Resultat, sofern wir nur dessen eingedenk bleiben, was wir ebenfalls schon in Nr. 1 a. E. bemerkt haben: dass auch zur „Schuld“ in diesem zweiten Sinne niemals bloss die in den Begriffen „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ ausgedrückte Beziehung des Handelnden zur

Handlung als solcher, sondern stets noch der aus dem Urteil des Rechts (nicht nur von der objektiven, sondern auch von der subjektiven Seite her) sich ergebende Unwert (Minus-Wert) der Handlung gehört. Das will sagen: Nicht „Vorsatz“ oder „Fahrlässigkeit“ an sich machen ein objektiv rechtwidriges Handeln für den Handelnden zu einem schuldbaren im juristischen Sinne, sondern immer nur der Wille des Rechts, dass das durch so qualifizierte Handlungen begangene Unrecht dem Handelnden als sein subjektives — d. h. von ihm zu verantwortendes, in bestimmter Weise abzuschätzendes — Unrecht, kurz als seine „Schuld“ zugerechnet werden soll.

Mit alledem leugnen wir natürlich nicht, dass jenen beiden Schuldvoraussetzungen oder Schuldgründen auch verschiedene Arten oder Grade der Schuld selbst entsprechen können. Im Gegenteil; ich glaube allgemeinhin aussprechen zu dürfen, dass dies überall zutrifft, wo überhaupt ein positives Recht auf die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit Gewicht legt. In welcher Weise dies näher zu denken ist, wird in § 43 weiter zu erörtern sein. Dort werden wir auch am passendsten auf die mehr oder weniger beachtenswerten Versuche der Wissenschaft eingehen, innerhalb des dolosen und kulposen Handelns verschiedene Schuldgrade oder auch zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit noch eine oder mehrere Zwischenstufen anzunehmen. Hier genügt die Bemerkung, dass die Möglichkeit einer höchst mannigfaltigen Stellungnahme des positiven Rechts zu diesen Fragen vom Standpunkte unseres allgemeinen Schuldbegriffs aus nicht abzulehnen ist.

3. Der „Haftung für Schuld“ pflegt man die reine „Erfolgs-Haftung“ als etwas fundamental Verschiedenes, regelmässig vor der Entwickelung der Schuldvorstellung Liegendes gegenüber zu stellen.[4]) Wie ich dagegen schon in den Eingangsworten dieses

[4]) Auf diesem Standpunkte hält sich auch die besonders eingehende Darstellung von A. Löffler (Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, S. 12 ff.). Zwar nach der Überschrift des § 1: „die Schuldidee auf den ersten Stufen der Rechtsbildung“ könnte man allenfalls auch vermuten, dass der Grundsatz der Erfolgshaftung schon die erste Stufe in der Entwickelung der Schuldidee bezeichne. Allein gegen diese Vermutung spricht schon die S. 5 vorausgeschickte Definition der „Schuld“ als „Inbegriff der strafrechtlich relevanten

Paragraphen angedeutet habe, erblicke ich meinerseits in der Erfolgs-Haftung vielmehr bereits eine ganz bestimmte Stufe in jener Entwickelung: die Wertung der rechtswidrigen Handlungen ausschliesslich nach ihrem Erfolge ist nichts anderes, als eine eigentümliche — allerdings nach unseren heutigen Begriffen sehr primitive — Art der Schuldzurechnung. Und zwar besteht ihre Eigentümlichkeit in einem Doppelten. Einmal wird die erfolgslos gebliebene Handlung, wie rechtswidrig immer die Absicht des Handelnden gewesen sein mag, schlechterdings nicht als Unrecht gewertet. Auf der anderen Seite erscheint die von Erfolg begleitete und eben im Hinblick auf ihn rechtswidrige Tat unter allen Umständen als ein dem Täter zuzurechnendes Unrecht oder m. a. W. als eine rechtliche Schuld desjenigen, der den Erfolg durch sein äusseres Gebaren verursacht hat.

Natürlich kann im allgemeinen nicht davon die Rede sein, dass sich aus den Rechten jener Jugendperioden, für welche der Grundsatz der reinen Erfolgs-Haftung charakteristisch ist, oder gar aus denen jener Naturvölker, die noch heute von ihm beherrscht sind, bereits deutliche Ansätze zu einer begrifflichen Erfassung der Schuldvorstellung entnehmen liessen. Aber darauf kommt es auch gar nicht an. Der Begriff der „Erfolgs-Haftung" ist als solcher, d. h. als klar und scharf bestimmte Gedankenform noch von viel modernerer Prägung, als der Begriff der Schuld. So wenig wir nun daran Anstoss nehmen, wenn man eine Eigentümlichkeit jener primitiven Rechte durch diesen relativ jungen, aber der Sache nach zutreffenden Begriff der Erfolgs-Haftung kennzeichnet,

---

Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen". Und durch die weitere Ausführung ist völlig ausser Zweifel gesetzt, dass auch für Löffler die Periode der reinen Erfolgshaftung vor die Ausbildung der Schuldidee fällt. So sagt er z. B. auf S. 20 ausdrücklich: „es müsste uns höchlich überraschen, wenn wir hier (auf den ersten Stufen der menschlichen Entwickelung) ein so unbefangenes und verständnisvolles Eingehen auf fremde seelische Zustände fänden, wie es die Voraussetzung für die Entstehung der Schuldidee ist." So erörtert er ferner die verschiedenen Hemmnisse für den Übergang von der Erfolgshaftung zum Schuldprinzip und stellt sich dann die Frage: „Welche Erwägungen haben den Anstoss zur Entwickelung der Schuldidee gegeben, und wodurch gelangte diese zur Ausbildung?"

so wenig kann es uns verwehrt werden, diese Erfolgs-Haftung auf eine Art von Schuldzurechnung — d. h. auf eine Wertung menschlicher Handlungen als subjektiven Unrechts der Handelnden vom Gesichtspunkte des Erfolgs aus — zurückzuführen.[5])

Eine ganz andere Frage ist die, ob nicht auch eine andere Erklärung der Erfolgshaftung sich denken lässt. Die abstrakte Möglichkeit einer solchen gebe ich selbstverständlich zu; ja, ich würde sie sogar unter gewissen Voraussetzungen für geboten halten. So insbesondere vom Standpunkte einer streng materialistischen Weltanschauung aus, nach welcher überhaupt jede ethisch-praktische Wertung, also auch die Annahme einer Schuld, ausgeschlossen wäre. Allein aus dem, was uns unsere Rechtswissenschaft bisher über das Wesen jener Erfolgs-Haftung gelehrt hat, vermag ich durchaus keinen durchschlagenden Grund wider unsere Auffassung herauszufinden.[6])

---

[5]) Mommsen (Römisches Strafrecht, S. 56) hat sogar zu behaupten gewagt: „Die Begriffe von Schuld und Strafe sind so alt wie die Menschheit." Vielleicht geht diese Behauptung nach der entgegengesetzten Richtung zu weit; aber jedenfalls ergibt sich daraus wesentliche Übereinstimmung mit unserer oben dargelegten Anschauung. Noch deutlicher tritt dies hervor, wenn man die Bemerkungen hinzunimmt, die er an einer späteren Stelle (S. 85) über das Erfordernis des gesetzwidrigen Willens für den Begriff des Delikts macht: „Dieser Fundamentalsatz des entwickelten Strafrechts ist den Anfängen desselben fremd; zunächst wird gefragt nach dem Tatbestand, nicht nach dem Seelenzustand, auf dem er beruht. Das Menschenopfer wird vollzogen an dem Verbrecher, wie an der Missgeburt; sterben muss, wer die Blösse eines Mädchens der Vesta geschaut hat; die Tötung des Menschen ist Verschuldung und fordert Sühne, mag der Täter sie beabsichtigt haben oder nicht."

[6]) Selbstverständlich sehen wir hier gänzlich von solchen Erscheinungen des Rechtslebens, speziell unseres modernen Rechtslebens ab, die gleichfalls öfters als „Erfolgshaftung" — richtiger als „Haftung ohne Verschulden" — im bewussten Gegensatze zur „Haftung für Schuld" und zwar auf Grund der unterscheidenden Behandlung durch das Recht selbst charakterisiert werden. Der Ausdruck „Erfolgshaftung" ist ja freilich so vieldeutig, dass er allenfalls sogar für die Haftung von Versicherungsanstalten für die unter den Versicherungsvertrag fallenden Schäden anwendbar ist. Um so weniger lässt sich bestreiten, dass er namentlich auch für Fälle gebraucht werden kann, in denen das Gesetz zwar einen bestimmten Zusammenhang des Haftpflichtigen mit der Entstehung des Schadens voraussetzt, — z. B. die Eigenschaft als Inhaber

Es darf hierbei ruhig zugegeben werden, dass in gewisser Weise der Grundsatz der Erfolgshaftung mit der Entwickelung des ältesten Strafrechts aus dem Gedanken einer „staatlich anerkannten und geschützten Rache“ zusammenhängt. Ja, gerade dieser Zusammenhang würde nur zu Gunsten unserer Ansicht sprechen. Denn der Begriff der „Rache“ schliesst in Wahrheit stets auch eine, wenn auch noch so unvollkommene Art von Schuldzurechnung in sich. Wer seine Wut über eine erlittene Verletzung, gleichsam wie mit Blindheit geschlagen, an seinen eigenen Gütern auslässt, erscheint uns nimmermehr als Rächer eines Unrechts; ebensowenig der, welcher sich in gleicher Weise gegen die ihm zur Hülfe eilenden Freunde wendet. Nur wo sich die Reaktion gegen das erfahrene Unrecht wider solche Subjekte richtet, denen der diese Reaktion Übende das widerfahrene Unrecht irgendwie als ihre Schuld beimisst, kann von „Rache“ oder „Wiedervergeltung“ die Rede sein.

Man kann hiergegen auch nicht etwa einwenden, dass es doch eine Rache selbst an Tieren und leblosen Gegenständen gebe. Tieren eine gewisse „Schuld“ zuzuschreiben, sind wir auch heute noch nicht abgeneigt; natürlich keine Schuld im Rechtssinne, aber doch etwas der menschlichen Schuld Analoges. Und darum ist auch eine Rache an Tieren selbst nach unseren heutigen Begriffen nichts schlechthin Undenkbares. Wenn ferner ein erwachsener, moderner Mensch irgendwelche Rache-ähnliche Handlungen an leblosen Gegenständen vornimmt, durch die er verletzt wurde, so finden wir darin allerdings keinen wahren Racheakt, sondern eher eine Verrücktheit oder im günstigsten Falle ein Produkt blinden Eifers; allein das äusserlich gleiche Gebaren eines Kindes stehen wir wiederum nicht an, als eine Art von Rache zu charakterisieren. Der Grund liegt auf der Hand: Das Kind, das den Stein schlägt, an dem es sich gestossen, geht bei seinem Tun von der Vorstellung

---

einer Fabrik, in deren Betriebe jemand Schaden erleidet, — aber doch zugleich von der Schuldfrage, ja selbst von einem ursächlichen Handeln des Haftpflichtigen abstrahiert. Um jedoch Missverständnisse zu vermeiden, werde ich für alle Fälle der letzteren Art stets den Ausdruck „Haftung ohne Verschulden“ brauchen und entsprechend das Wort „Erfolgshaftung“ nur für Rechte verwenden, denen unsere heutige Auffassung der Schuld noch fremd ist.

aus, dass der Stein selbst ihm die Unbill angetan habe; ihm, dem Steine, spricht es die Schuld an dem Unfall zu, von dem es betroffen wurde. Und damit berühren wir bereits den Punkt, von wo aus ein ausreichendes Licht fällt auf jene uns heute so seltsam anmutenden positiven Rechtsvorschriften, die nicht nur eine Rache, sondern sogar Strafen an Tieren und leblosen Gegenständen kennen. Es ist dieselbe kindlich-naive Vorstellung, die einerseits den Buschneger bestimmt, seinen Fetisch zu prügeln, dem er die Schuld an seinem Unglück beimisst, und die anderseits den Anfangsstadien aller Kulturentwickelung den Charakter des Animismus, Hylozoismus oder Pandämonismus aufprägt. Wohl mag man nun annehmen dürfen, „dass diese animistische Anschauung einer Sonderung der subjektiven Tatbestände hindernd im Wege gestanden sei"; so wenigstens zunächst. Aber darum darf man doch nicht verkennen, dass der Sonderung der Schuldformen der Gedanke der Schuld überhaupt — und zwar in Anwendung auf einen viel allgemeiner gefassten subjektiven Tatbestand — vorausgehen kann oder vielmehr muss. Und eben jene ganz allgemeine Schuldzurechnung vom Gesichtspunkte des Erfolges aus findet in der Weltanschauung des Animismus ihre einfachste und natürlichste Erklärung.[7])

---

[7]) Wenn Löffler diese natürliche Konsequenz nicht gezogen hat, so muss dies um so mehr auffallen, als er selbst — a. a. O. S. 20 — ausdrücklich den Animismus als eine Weltanschauung kennzeichnet, nach welcher alles Geschehen auf den Willen lebendiger Wesen zurückgeführt wird. Kaum minder auffällig ist es, dass ein so eifriger Forscher auf dem Gebiete der vergleichenden Rechtswissenschaft, wie A. H. Post, gar nicht auf den Gedanken gekommen ist, die Erfolgshaftung mit der Tatsache des Animismus in Zusammenhang zu bringen, obgleich verschiedene von ihm selbst hervorgehobene Tatsachen deutlich genug hierauf hinweisen. Gewiss ist ihm zuzustimmen, wenn er in seiner Ethnologischen Jurisprudenz II, S. 216, Anm., den Versuch ablehnt, die auch im germanischen Rechte vorkommende Bestrafung der „ungewollten und unverschuldeten Missetat" dadurch zu erklären, „dass man in solchen Fällen einen verbrecherischen Willen fingiere", d. h. als vorhanden vorstelle trotz des Bewusstseins vom Gegenteil. Allein er hat durchaus keinen Beweis dafür erbracht, dass dieses selbige alte germanische Recht bereits ungewollte oder unverschuldete Missetaten überhaupt kenne und nicht vielmehr den Erfolg schlechtweg als Kennzeichen schuldigen Verhaltens hinnehme. Das von ihm für die Möglichkeit ganz abweichender Erklärung angeführte Beispiel der westäquatorialafrikanischen Stämme, bei denen „das Kasualdelikt

Noch einem etwa möglichen Einwande möchte ich im voraus begegnen. Dass in allen Fällen der reinen Erfolgshaftung „Verursachung“ und „Verschuldung“ scheinbar zusammenfallen, ist allerdings nicht zu bestreiten. Hieraus ist jedoch keineswegs zu folgern, dass dabei überhaupt in Wahrheit nur von Verursachung, dagegen gar nicht von Verschuldung die Rede sein könne. Das Gegenteil trifft zu. Die Begriffe „Verursachung“ und „Verschuldung“ sind auch bei dem Prinzip der reinen Erfolgshaftung sehr wohl auseinander zu halten, mögen auch diese Begriffe als solche den Genossen jener primitiven Rechte, die noch ausschliesslich auf diesem Standpunkte stehen, völlig unbekannt gewesen sein. Die charakteristische — der Sache nach von jenen Rechten gemachte — Voraussetzung der reinen Erfolgshaftung besteht nur gerade darin, dass das Verhältnis zwischen Handlung und Erfolg (Ursache und Wirkung) den einzigen, aber auch stets genügenden Grund der Schuldzurechnung, d. h. der Zurechnung als Unrecht von einer bestimmten Qualität und Quantität bildet.

4. Nach den in Nr. 1—3 gepflogenen Erörterungen ist der Schuldbegriff — genauer: der Begriff der Schuld im juristischen Sinne — ein rein formaler, eigentümlich bedingter Begriff. Ja, er ist dies in noch viel höherem Grade, als der Begriff der Rechtswidrigkeit und des Unrechts im weiteren Sinne. Nicht nur schliesst er, gleich diesem, eine bestimmte Beziehung zum „Recht“ in sich, derzufolge er von Begriff und Existenz des letzteren abhängig ist; nein, auch diese Beziehung zum Rechte erscheint im Begriff der Schuld nur in eigentümlich bedingter Weise bestimmt.

---

auf eine dem Täter innewohnende Zauberkraft zurückgeführt wird, deren Nichtvorhandensein er durch ein Ordal dartun muss“, spricht offenbar für die Voraussetzung eines in dem Täter lebendigen Etwas, mag dies nun von seinem gewöhnlichen bewussten Willen verschieden sein oder nicht. An einer andern Stelle (S. 232, Anm. 1) erkennt er sogar beiläufig geradezu die Voraussetzung einer Schuld bei der „Bestrafung lebloser Gegenstände“ an, indem er notiert: „Im Prytaneum in Athen wurde über leblose Gegenstände verhandelt, welche den Tod eines Menschen ohne Mitwirkung menschlichen Verschuldens herbeigeführt hatten, z. B. über eine Axt, ein Stück Holz oder einen Stein. Wurden dieselben schuldig befunden, so wurden sie unter feierlichen Formen über die Grenze geworfen.“

Das Unrecht im weitern Sinne charakterisiert sich allgemeinhin als Widerspruch oder Gegensatz zum Recht. Mit dem Begriff des Rechts ist also auch schon unmittelbar der der Rechtswidrigkeit, mit jedem Rechtsbestande zugleich das Wesen des entsprechenden Unrechts im weitern Sinne vollständig gegeben. Nicht so das Wesen der Schuld. Wohl vermögen wir eine allgemeine Begriffsbestimmung der Schuld aufzustellen; wir können sie, wie schon in Nr. 1 geschehen, definieren als „das Unrecht, sofern es dem rechtswidrig sich Verhaltenden in bestimmter Weise zugerechnet wird". Aber in dem mit „sofern" beginnenden Zusatze liegt eben die weitere eigentümliche Bedingung, von deren Erfüllung — ausser der Tatsache der Rechtswidrigkeit — die Annahme einer Schuld abhängt. Und die nähere Bestimmung dieser Bedingung kann für die Schuld im juristischen Sinne natürlich immer nur aus dem bestimmten konkreten positiven Rechte entnommen werden, dessen Übertretung oder Störung gerade in Frage steht.

Dennoch gehört die Untersuchung des Schuldbegriffs und seiner notwendigen Konsequenzen in die juristische Prinzipienlehre. Ist es doch geradezu unmöglich, aus irgend einer Rechtsordnung den Gedanken der Schuldzurechnung gänzlich hinwegzudenken. Es ist ein Widerspruch in sich selbst, Rechtsnormen auszudenken, deren Nichtbeobachtung schlechthin niemand als Unrecht zuzurechnen wäre. Wenn trotzdem öfters behauptet wird, alle Schuld sei entweder Dolus oder Culpa und jeder Schuldbegriff fehle den Rechten, die nur eine „Erfolgshaftung" kennen, so beruht dies auf einer Verwechselung des allgemeinen Begriffs der Schuld, ohne welchen kein Recht sich denken lässt, mit den besonderen Bedingungen, an welche bestimmte positive Rechte, speziell unsere modernen, die Schuldzurechnung knüpfen.[8])

---

[8]) Eine noch seltsamere Selbsttäuschung ist es, wenn neuerdings Höpfner (Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIII, S. 643 ff.) ernstlich meint, den Schuldbegriff auch aus unserm heutigen Strafrecht vollständig dadurch eliminieren zu können, dass er den übertretenen Normen eine weitere oder, wie er selbst sagt, „subjektive" Fassung gibt. Ob er damit wirklich in so starken Gegensatz tritt zu Binding und Finger, denen er eine engere, rein „objektive" Auffassung der Normen beimisst, mag hier dahingestellt bleiben. Für mein Teil habe ich das, was richtig an seiner Auffassung der Normen

Nicht eigentlich Sache der juristischen Prinzipienlehre ist es dagegen, weiterhin zu fragen: Gibt es gar keinen allgemeingültigen Maassstab, um daran die verschiedenen Auffassungen der Schuld in den verschiedenen positiven Rechten zu messen? Oder dürfen wir wenigstens annehmen, dass uns die Geschichte ein Aufsteigen vom Niedern zum Höhern in der Ausgestaltung der Schuldidee zeigt? Und welche Lehren sind hieraus für die künftige Rechts-

---

ist, wiederholt anerkannt (vergl. namentlich § 30, Nr. 2 bei Anm. 5): Ein Verbot, „eine gewisse Ursache zu setzen", kann vernünftigerweise immer nur den Sinn haben, dass jede vom Wollen des Adressaten abhängige Tätigkeit verboten wird, die voraussichtlich zur Ursache eines bestimmten Erfolges werden würde. Ja, indem ich sogar den blossen Willensentschluss, der auf Herbeiführung jenes Erfolges geht, als rechtswidrig — wenn auch noch nicht als „Unrecht" im juristischen Sinne — anerkannte, habe ich selbstverständlich auch schon zugegeben, dass in dem Verbot, eine Ursache zu setzen, stets zugleich ein Verbot des Versuchs enthalten ist, ohne dass man ein solches erst aus den Strafsatzungen über die Bestrafung des Versuches entnehmen müsste, die sich obendrein bloss auf den Versuch bestimmter Arten von Delikten beziehen. Nimmermehr jedoch lässt sich aus der subjektiven Fassung der Normen, auch aus der weitgehendsten, die Konsequenz ziehen, dass dadurch der Schuldbegriff, also auch jede Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld entbehrlich werde. Einmal übersieht Höpfner, dass auch Unzurechnungsfähige nicht selten verbotene Handlungen mit der vollen Vorstellung des Erfolges vornehmen, den eine Norm herbeizuführen verbietet. (Dass die Rechtswidrigkeit dieser Handlungen nicht dadurch wegzubringen ist, dass man die Nichtgeltung der Normen für Unzurechnungsfähige behauptet, haben wir ausführlich in § 37, Nr. 2 nachgewiesen.) Anderseits ignoriert H. in fast unbegreiflicherweise den Charakter unserer modernen Strafsatzungen, die mit nur ganz wenigen Ausnahmen regelmässig relativ bestimmte Strafdrohungen enthalten. Nach welcher Relation soll denn nun im konkreten Falle innerhalb des gesetzlich allein gegebenen Strafrahmens die konkrete Strafe festgesetzt werden, wenn nicht nach Art und Maass der Schuld? Die Tatsache der Normen-Übertretung, auch wenn sie noch so gründlich konstatiert ist, führt als solche höchstens zur Subsumtion unter die entsprechende Strafsatzung. Oft nicht einmal dies oder wenigstens nicht vollständig: sofern nämlich zahlreiche Strafsatzungen ausser der Beziehung auf die übertretene Norm noch ausdrücklich ein besonderes Schuldmoment in sich aufnehmen und danach enger begrenzte Strafrahmen für Übertretungen einer und derselben Norm aufstellen. Oder will H. etwa aus alledem, was wir hier als besonderes Schuldmoment bezeichnen, wie die vom Strafgesetzbuche besonders betonte „Überlegung", das Motiv der „gewinnsüchtigen Absicht" usw., konsequent besondere Einzelnormen herausdrechseln?

bildung zu ziehen? Die genauere Erörterung all dieser Fragen gehört an einen andern Ort, teils in die praktische Philosophie oder Ethik, teils in die Philosophie der Geschichte, teils in die Gesetzgebungspolitik. Dies muss um so nachdrücklicher betont werden, je näher es liegt und je weniger es auch schlechthin vermieden werden soll, bei unseren demnächstigen Ausführungen, in denen wir die Konsequenzen unseres allgemeinen Schuldbegriffes ziehen, auch diese weiteren Fragen gelegentlich zu berühren.

§ 41.

Was von aller Schuldzurechnung überhaupt gilt, muss natürlich auch von der persönlichen Voraussetzung der Schuldzurechnung, von der „Zurechnungsfähigkeit" gelten.

Daraus folgt: Auch der Begriff der Zurechnungsfähigkeit ist zunächst — und für die juristische Prinzipienlehre streng genommen immer nur — ein rein formaler, eigentümlich bedingter Begriff.

Aber die nähere Darlegung dieser Tatsache gibt uns zugleich Anlass zu einem ausgedehnteren Exkurse über gewisse Bedingungen der Zurechnungsfähigkeit, wie sie mehr oder weniger in allen modernen Rechten statuiert oder doch stillschweigend vorausgesetzt werden, insbesondere über die Willensfreiheit.

1. Zurechnungsfähig nennen wir denjenigen, welcher alle Eigenschaften besitzt, die uns als allgemeine subjektive Voraussetzungen jeder Schuldzurechnung gelten. Unzurechnungsfähig ist dementsprechend jeder, dem auch nur eine einzige dieser allgemeinen Eigenschaften mangelt.

Mit diesen beiden Definitionen ist auch zugleich der Unterschied zwischen „Zurechnungsfähigkeit" und „Verantwortlichkeit" gegeben. Der letztere Begriff umfasst alle subjektiven Voraussetzungen, von denen in einem gegebenen Falle die Schuldzurechnung bedingt wird. So erscheint uns heute auch ein vollständig Zurechnungsfähiger regelmässig als nicht-verantwortlich für solche Folgen seiner Handlungen, die er schlechterdings nicht voraussehen konnte. Die Zurechnungsfähigkeit dagegen begreift

nur die allgemeinen subjektiven Voraussetzungen, d. h. diejenigen, ohne welche einem gewissen Subjekte überhaupt keine Schuld zugerechnet werden kann. Schon sprachlich tritt dieser Unterschied ganz deutlich hervor. Bei dem Worte „verantwortlich" pflegen wir stets hinzu zu denken: „für das und das". Wo wir dagegen den Ausdruck „zurechnungsfähig" gebrauchen, da ist ein solcher — auch nur gedachter — Zusatz zum mindesten ungewöhnlich, wenn nicht geradezu unzulässig.

2. Reden wir nun von Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit im juristischen Sinne, so versteht sich schon nach unseren Ausführungen in § 40 von selbst, dass die fraglichen Eigenschaften, wie überhaupt alle spezielleren Voraussetzungen der Schuldzurechnung, immer nur aus dem gerade in Betracht kommenden positiven Rechte entnommen werden können. Es ist daher nicht einmal allgemeinhin zulässig, die Zurechnungsfähigkeit als einen nur auf Menschen anwendbaren Begriff zu bezeichnen. Wo ein Recht den Grundsatz der reinen Erfolgshaftung selbst auf Tiere und leblose Gegenstände erstreckt, indem es auch für die letzteren besondere Strafen kennt, da erscheinen eben auch diese Tiere und leblosen Gegenstände als zurechnungsfähige Wesen. Natürlich ist dabei immer festzuhalten, dass von Zurechnungsfähigkeit nur soweit und solange die Rede sein kann, als nach den betreffenden positiven Rechten überhaupt eine Schuldzurechnung in dem von uns in § 40 dargelegten Sinne — wenn auch nicht dem Namen, aber doch der Sache nach — anzunehmen ist. Und dies ist wiederum — gemäss unserer Grundanschauung vom Rechte und insbesondere nach dem in § 32, Nr. 1 und § 37, Nr. 2 Bemerkten — nur denkbar unter der Voraussetzung, dass jene Rechte die mit Strafe bedrohten Nicht-Menschen in gewisser Weise als willensfähig und selbsttätig ansehen oder doch fingieren. Aber die schon mehrfach berührte Tatsache, dass die frühesten Perioden der Völkerentwickelung von einer animistischen oder pandämonistischen Weltanschauung beherrscht zu sein pflegen, lässt diese Voraussetzung als in einfachster Weise erfüllt erscheinen.[1])

[1]) Wo hingegen diese Voraussetzung nicht zutrifft oder aus anderen Gründen die Annahme einer „Schuldzurechnung" ausgeschlossen ist, da wird auch der Begriff der Zurechnungsfähigkeit sinnlos. Damit ist zugleich die

Von demselben Gesichtspunkte aus dürfen wir ferner — und zwar auch im Hinblick auf das Recht unserer Tage — von einer Zurechnungsfähigkeit der juristischen Personen sprechen: sofern nämlich irgend ein positives Recht die betreffenden Körperschaften oder Anstalten als selbsttätige Subjekte auffasst und demgemäss die von deren Organen vorgenommenen Handlungen unter mehr oder weniger bestimmten Voraussetzungen den durch diese Organe Repräsentierten selbst als ihre Handlungen, sowie das in solchen Handlungen liegende Unrecht als ihr Unrecht zurechnet. (Vergl. § 39, Nr. 2 a. E.) Auch ist es im praktischen Resultate hierbei gleichgültig, ob man diese Zurechnungsfähigkeit gemäss unserer Ansicht von der rechtlichen Natur der juristischen Personen bloss als eine fiktive ansieht oder nicht. Noch weniger kommt es für unsere gegenwärtige Betrachtung darauf an, aus welchen Motiven ein Recht jene Zurechnung gegenüber allen oder nur gegenüber bestimmten ideellen Rechtssubjekten vollzieht oder, richtiger gesagt, von den Rechtsgenossen fordert.

Nach alledem versteht sich endlich von selbst, dass es auch vom Standpunkte unserer heutigen Rechtswissenschaft aus verkehrt sein würde, die Zurechnungsfähigkeit schlechthin abhängig zu machen von der Annahme oder Nichtannahme einer wahren „Willensfreiheit". Dies Zugeständnis dürfen und müssen wir den Vertretern des Determinismus machen. Allein damit ist noch gar nichts darüber gesagt:

I. ob nicht doch unsere positiven Rechte von der Voraussetzung der Willensfreiheit ausgehen;

II. ob nicht diese Voraussetzung teils aus dem Wesen des Rechts, teils aus anderen allgemeineren Erwägungen heraus sehr viel besser sich verteidigen lässt, als die z. Z. sehr hochgemuten Herren Deterministen uns glauben machen wollen.

3. Es kann natürlich nicht meine Absicht sein, alle möglichen Rechtsquellen nach direkten und indirekten Äusserungen

---

Richtschnur für Beantwortung der Frage gegeben, ob vom Standpunkte der modernen kriminal-anthropologischen Schule aus noch der Begriff der Zurechnungsfähigkeit beizubehalten ist oder nicht. Vergl. Gretener, die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (Berlin, 1897), S. 1—16.

über Freiheit oder Unfreiheit des Willens zu durchstöbern. Für den Gesetzgeber, ja überhaupt für alle Recht-schaffenden Faktoren liegt regelmässig gar kein Anlass vor, zu einer derartigen theoretischen Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen. Mancherlei praktische Gründe sprechen sogar sehr entschieden dafür, eine solche sichtliche Stellungnahme zu vermeiden.[2]) Dagegen besteht von vornherein eine starke Vermutung, dass nicht nur die ältere, sondern auch unsere moderne Gesetzgebung von Voraussetzungen ausgeht oder wenigstens an solche anknüpft, die der Anschauung des gemeinen Lebens entsprechen. Und diese Anschauung des gemeinen Lebens ist unleugbar — trotz aller Fortschritte des Determinismus bei den Gebildeten und Halbgebildeten — eine indeterministische.[3])

Man darf freilich den Begriff des Indeterminismus, des „Nicht-bestimmt-seins des Willens" nicht einseitig übertreiben. Vor allem ist der Gedanke fern zu halten, der von den Gegnern[4]) nicht selten vorgeschoben wird, dass die Freiheit des Willens

---

[2]) Demgemäss möchte ich auch nicht wagen, ausschliesslich aus dem Wortlaute unserer Gesetze, insbesondere des deutschen Strafgesetzbuches, bestimmte Schlüsse auf die zu Grunde liegende Anschauung über Freiheit oder Unfreiheit des Willens zu ziehen. So wenig die Charakteristik der Anstiftung als vorsätzliche Bestimmung eines Andern zu einer strafbaren Handlung (Str. G. B. § 48) auf eine deterministische Auffassung hinweist (vergl. darüber oben § 33, Nr. 7, sowie meine Ausführung gegen Ed. Hertz in den Göttinger gel. Anzeigen von 1882, S. 44), so wenig bietet die Betonung der „freien Willensbestimmung" in § 51 des Str. G. B. für sich allein schon einen sicheren Anhalt für die gegenteilige Anschauung. Freilich müsste ein strenger Determinist eine Formel wie die letztere eigentlich vermeiden. Aber tatsächlich gebrauchen auch Vertreter des Determinismus den Ausdruck „freie Willensbestimmung" zur Kennzeichnung einer gewissen normalen Geistestätigkeit im Gegensatze zu der durch Wahnvorstellungen gestörten des Geisteskranken und der noch unentwickelten des Kindes.

[3]) Speziell für unser deutsches Strafgesetzbuch findet diese Vermutung einer indeterministischen Grundanschauung noch eine besondere Bestätigung, teils in den Motiven zu § 51, teils in Erwägungen, wie wir sie bereits oben in § 33, Nr. 7 über den Zusammenhang zwischen den §§ 48, 49, 51 und 52 des Str. G. B. gepflogen haben. Vergl. auch Gretener a. a. O. S. 68 f.

[4]) So u. a. auch von Rich. Löning (Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, I, S. 279), dessen Versuch, die herrschende Meinung von dem bewussten Indeterminismus des Aristoteles zu widerlegen, wesentlich

schon ihrem Begriffe nach eine absolute sein müsse, da eine relative, d. h. bedingte oder beschränkte Freiheit überhaupt keine Freiheit, also ein Widerspruch in sich selbst sei. Sehen wir näher zu, so trifft das gerade Gegenteil zu: Wir können uns in der Wirklichkeit gar keine Freiheit ausdenken, die nicht irgendwie bedingt oder beschränkt wäre. Selbst eine göttliche Freiheit ist doch bedingt durch das Wesen der Gottheit; um wie viel mehr die in unendlicher Verschiedenheit den Geschöpfen gewährte Freiheit! Und ebendarum fällt es auch den Vertretern des Indeterminismus selbst gar nicht ein, der Willensfreiheit jede Bedingtheit oder Beschränktheit abzustreiten; kein Mensch denkt daran, die Willensfreiheit aufzufassen als eine Fähigkeit, schlechthin alles zu wollen, was uns etwa in den Sinn kommen könnte. Was uns z. B. von vornherein als unausführbar sich darstellt, können wir auch nicht wahrhaft wollen. Wenn wir von jemand sagen, dass er Unmögliches wolle, setzen wir immer voraus, dass er selbst — sei es aus wohlüberlegten Gründen, sei es auch nur à la Münchhausen — an die Ausführbarkeit des Gewollten glaubt. Und auch das wirkliche Wollen sind wir weit entfernt als ein absolut freies, von körperlichen Einwirkungen, wie von sonstigen geistigen Tätigkeiten völlig unabhängiges zu denken. Nicht nur erscheint uns bei gewissen Geisteskranken, sowie bei Bewusstlosen der Wille eigentümlich gebunden;[5]) auch die normale Willenstätigkeit ist niemals reines Wollen als solches, sondern unausgesetzt mit bestimmten Vor-

---

auf dieses unhaltbare Argument sich stützt und mit ihm, trotz des sonst aufgewandten Fleisses und Scharfsinns, in der Hauptsache sich von selbst erledigen dürfte.

[5]) Wir reden hier ausdrücklich nur von „gewissen Geisteskranken", durchaus nicht von allen, wie ja auch selbst Str. G. B. § 51 und B. G. B. § 827 den Mangel „freier Willensbestimmung" nicht bei jeder Geistesstörung voraussetzen. Ja, wir lassen sogar dahingestellt, ob nicht in Fällen, wo niemand an der Anwendbarkeit jener Paragraphen zweifelt, die „freie Willensbestimmung" im Sinne des Gesetzes nicht sowohl wegen Mangels der Wahlfreiheit an sich, als vielmehr wegen anderer Mängel, nämlich im Vorstellungs- und Gefühlsleben, ausgeschlossen erscheint. (Vergl. unten Nr. 5 a. E.) Am allerwenigsten darf man dem Indeterminismus mit v. Hippel (Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. 23, S. 418) die Ansicht unterschieben: „Kindern und Geisteskranken fehle die Zurechnungsfähigkeit, also die Willensfreiheit." In Wahrheit liegen

stellungen und Gefühlen verbunden, durch die sie selbst erst ihren jedesmaligen konkreten Inhalt erhält. Um es kurz zu sagen: „Willensfreiheit" ist auch für den Indeterminismus nichts anderes als die Freiheit der Wahl zwischen mehreren vorgestellten Möglichkeiten, genauer gesagt: die Fähigkeit des menschlichen Geistes, rein aus sich heraus eine Entscheidung zwischen mehreren ihm als möglich vorschwebenden Verhaltungsweisen zu treffen. Natürlich fällt aber hierunter auch schon die Frage, ob wir etwas Bestimmtes tun oder lassen sollen, ja, ob wir auch nur unsere Geisteskräfte in einer bestimmten Weise oder Richtung anspannen sollen oder nicht.

Wir leugnen ferner durchaus nicht, dass diese Entscheidung oder m. a. W. unser Willensentschluss in der Regel nach bestimmten Motiven erfolge. Die Frage ist nur, ob diesen Motiven schon an sich, als den blossen Antrieben, eine bestimmte Stärke zukommt, vermöge welcher das eine von dem andern mit Notwendigkeit überwunden wird, oder ob nicht vielmehr die Herstellung eines solchen Übergewichts und damit die Erhebung eines Antriebes zum ausschlaggebenden Motive erst auf das Eingreifen jener nicht näher erklärbaren geistigen Kraft oder, wenn man lieber will, psychischen Tätigkeit[6])

auch für den Indeterministen die Gründe der Zurechnungsfähigkeit an ganz anderer Stelle (vergl. oben § 33, Nr. 7, Anm. 23, sowie unten Nr. 10 und 11); es fällt keinem ein zu glauben, dass die Willensfreiheit erst mit einem bestimmten Alter erworben und im Zustande der Bewusstlosigkeit oder durch Geistesstörung geradezu verloren werde. Insofern besteht also in der Tat kein Gegensatz zwischen Deterministen und Indeterministen; nur dürfen sich erstere nicht einbilden, dass darum das wirkliche Verhalten der letzteren als deterministisch sich darstelle.

[6]) Es ist hier nicht der Ort, die metaphysische Frage zu erörtern, ob „Geist" oder „Seele" unter den Begriff der Substanz zu bringen oder nur als ein Inbegriff von Tätigkeiten anzusehen sind. Für mein Teil muss ich bekennen, dass ich mir Tätigkeiten, Vorstellungen, Anschauungen ohne ein zugehöriges (tätiges, vorstellendes) Subjekt nicht zu denken vermag und dass mir der Begriff des Selbstbewusstseins als einer Vorstellung von einer Summe anderer, nicht bloss unter sich zusammengehöriger, sondern zugleich *mir* gehöriger Vorstellungen ohne die gleichzeitige Annahme eines wirklich existierenden „Ich" ein Widerspruch in sich selbst zu sein scheint. Von diesem Standpunkte aus ist von selbst die Bezeichnung des Willens als einer Kraft- oder Tätigkeitsform unseres Geistes gegeben. Dagegen denke ich nicht daran, ihn als ein völlig selbständiges, von den übrigen Tätigkeitsformen des Geistes unabhängiges Vermögen im Sinne der älteren Psychologie aufzufassen.

zurückzuführen ist, die wir „Wille“ nennen. Der Determinismus, sofern er konsequent ist, behauptet das Erstere, der Indeterminismus das Zweite.[7]) Eben auf dem letzteren Standpunkte steht aber zweifellos — bewusst oder unbewusst — fast unser gesamtes praktisches Leben. Den Beweis hierfür finde ich nicht nur in dem tatsächlichen Freiheitsbewusstsein, wie es zwar nicht jede,

---

[7]) Man kann hiergegen nicht einwenden: der Determinismus lasse die Willensentschlüsse nicht bloss durch Motive allein, sondern nur durch solche im Zusammenwirken mit dem Charakter, der Individualität, dem Wesen des Menschen bestimmt werden; ja, er lege gerade auf den letzteren Punkt besonderen Nachdruck. Sehen wir näher zu, so wiederholt sich bei dem Versuche, die Begriffe „Charakter, Individualität, Wesen“ zu analysieren, mit geringer Modifikation die obige Frage. Ist „Charakter“ die blosse Summe der in einem bestimmten Momente bereits von früher her in dem betreffenden Menschen vorhandenen, teils angeborenen, teils im Laufe der Zeit in Gestalt von Vorstellungen und Gefühlen aller Art erworbenen, wirksamen Antriebe? Oder steckt in dem „Charakter“ ausserdem noch ein eigentümliches, keinem dieser Antriebe vergleichbares Vermögen, selbsteigen das Gewicht derselben zu bestimmen oder m. a. W. zwischen ihnen zu wählen, nach Belieben ihnen zu folgen oder entgegenzuwirken? Nimmt man das Erstere an, so liegt gar kein Grund vor, den „Charakter“ von dem einzelnen in dem fraglichen Momente erst hinzutretenden Antriebe scharf zu unterscheiden. Setzen wir dagegen das Zweite voraus, so haben wir auch in jenem eigentümlichen Vermögen wieder den „freien Willen“, wie ihn der Indeterminismus braucht. Und zwar trifft dies auch dann noch zu, wenn wir jenes Vermögen als ein nur relatives, mehr oder minder beschränktes denken, z. B. in der Weise, dass es gewissen Antrieben von einer besonderen Stärke gegenüber versagt, wie u. a. bei manchen Geistesstörungen und in Fällen höchsten Affekts. Damit verträgt sich dann auch sehr wohl die Überzeugung, dass in weitaus den meisten Fällen, wo erst das Wahlvermögen den Ausschlag gibt, dieses doch zugleich den in verhältnismässig grosser Zahl und Stärke vorhandenen Antrieben nachgeben wird, und es ist darum immerhin möglich, auf diese Tatsache eine Art Wahrscheinlichkeitsrechnung zu gründen. Namentlich ist es lächerlich, dem Indeterminismus vorzuwerfen, seine Anhänger könnten eigentlich gar nicht mit gutem Gewissen ein Versprechen abgeben, da sie ja immer zweifelhaft sein müssten, ob ihnen nicht ihr Wille schliesslich einen Strich durch die Rechnung machen werde. Mit viel besserem Grunde könnten wir den Deterministen vorwerfen, dass sie darum kein Versprechen abgeben dürften, weil sie ja niemals voraus wüssten, ob sie nicht später dasselbe unerfüllt lassen müssten; doch das nur nebenbei. Jener Vorwurf ist schon darum ungerecht, weil das Versprechen ja doch unter allen Umständen bloss der Ausdruck eines gerade vorhandenen Willensentschlusses sein kann. Sodann aber bildet

aber doch die nach reiflicher Überlegung erfolgende Willensentscheidung zu begleiten pflegt, sondern vor allem in dem einer Verfehlung oder Versäumung nachfolgenden Gefühl der Reue im weitesten Sinne des Wortes, einem Gefühle, das nicht möglich ist ohne die Vorstellung, dass man sich auch anders hätte entschliessen können.[8]) Es gibt sicherlich sehr wenige Menschen, denen dieses

---

dieser ausgesprochene Willensentschluss zweifellos einen bedeutsamen Antrieb zum entsprechenden Handeln und der Versprechende selber ist zugleich am besten in der Lage, jene vorerwähnte Wahrscheinlichkeitsrechnung in Bezug auf sein künftiges Verhalten anzustellen. Nur dass diese Rechnung unter allen Umständen stimmen müsse, wird der Indeterminist unbedingt — auch ganz abgesehen von allen äusseren Umständen, die auch der Determinist gelten lassen würde — verneinen; er befindet sich aber in dieser Beziehung in Übereinstimmung nicht nur mit zahlreichen Aussprüchen der heiligen Schrift, die noch immer als tiefste Kennerin des Menschenherzens sich erweist, sondern auch mit der unleugbaren Erfahrung, dass zahllose Versprechen ohne äussere Nötigung nicht gehalten werden von Personen, die bisher als höchst zuverlässig gelten durften, auch im Augenblick des Versprechens die besten Absichten hatten.

[8]) Wenn L. Traeger (Wille, Determinismus, Strafe, — Berlin, 1895 — S. 158) die Reue kurzweg als „Verdruss" definiert, so berücksichtigt er bloss die umfassendere Gefühlsart, der wir das Reugefühl subsumieren können, ignoriert dagegen den spezifischen Charakter des letzteren. Verdruss empfinden wir auch über fremde Handlungen, ja gelegentlich sogar über ganz unpersönliche Ereignisse, wie schlechtes Wetter u. dergl. Bereuen hingegen kann man immer nur das eigene Tun oder Unterlassen; und auch dies nur im Hinblick darauf, dass man im gegebenen Falle anders hätte handeln sollen und können. Ob hierbei die Vorstellung des Sollens auf ethische oder auf rein egoistische Gefühle zurückzuführen ist, erscheint für den Begriff der Reue im weiteren Sinne gleichgültig. Wohl aber muss damit stets noch das Gefühl verbunden sein, dass man diesem Sollen gemäss hätte handeln können; sonst entsteht überhaupt kein wahres Reuegefühl. Man mag nun noch so bestimmt derartige Gefühle als Selbsttäuschungen proklamieren, man mag alle möglichen Versuche machen, diese Selbsttäuschungen zu erklären: die Tatsache wird man nicht aus der Welt schaffen, dass jeder, der Reue empfindet, so lange dieser Gefühlszustand dauert, indeterministisch fühlt bezw. denkt. Manche Deterministen geben dies auch ganz offen zu; so insbesondere M. E. Mayer, die schuldhafte Handlung und ihre Arten, S. 89f. Andere, wie Liepmann (Einleitung in das Strafrecht, S. 168ff.), mühen sich vergeblich ab, den Gedanken „Du hättest anders handeln, anders wollen können!" dergestalt zu „ergänzen", dass er sich mit ihrer grundsätzlich deterministischen Anschauung verträgt. Gewiss! Wenn man zu jenem Gedanken regelmässig hinzudenkt: „Wenn die Bedingungen

Gefühl zeitlebens fremd geblieben wäre. Ja, wir haben guten Grund anzunehmen, dass sogar die hartgesottensten Deterministen sich von solchen Anwandlungen nicht frei zu erhalten vermögen. Und darum gebe ich mich der zuversichtlichen Hoffnung hin, dass auch für das Rechtsleben der Indeterminismus immer seine praktische Geltung behalten wird, wie hoch auch die Wogen einer deterministischen Wissenschaft gehen mögen.[9])

meines Wollens andere gewesen wären!" dann verfährt man vom Standpunkte des Determinismus aus nur konsequent. Aber ebensogewiss ist es ein Irrtum, zu meinen, dass ein solches konditionelles Urteil noch mit wahrer Reue vereinbar sei. Stellt sich doch für jeden, der einigermaassen Selbsterkenntnis gelernt hat, ein solches Hinzudenken vermeintlich zwingender Bedingungen als die ganz gemeine, bequeme Ausflucht dar, um sich einer wahren Reue und Busse zu entziehen! Wer dagegen wirklich Reue empfindet, leidet gerade unter dem drückenden Gefühle, dass statt des wirklich von ihm Gewollten auch unter den gegebenen Bedingungen ein Anderswollen möglich gewesen wäre; und ebendarum weist er — wenigstens so lange seine Reue dauert — jeden Nebengedanken der vorerwähnten Art als Sophisterei ab.

[9]) Noch bestärkt hierin werden wir durch die Wahrnehmung, dass die Vertreter des Determinismus sogar in ihren theoretischen Auseinandersetzungen öfters in ganz indeterministische Gedankengänge und Redewendungen verfallen. Hier nur ein Beispiel für viele. Erich Adickes in seiner Abhandlung über „Ethische Prinzipienfragen" (Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, Bd. 116, S. 166 ff.) zieht aus der Tatsache, dass der Streit zwischen den beiden grossen Heerlagern der Deterministen und Indeterministen bereits Jahrhunderte lang währt, ohne dass auch nur die geringste Aussicht auf dessen Beilegung vorhanden wäre, den Schluss, dass jene gegensätzliche Stellung ihren tiefsten Grund habe in einer Verschiedenheit der innersten Lebenstendenz der Menschen. Sehen wir ab von der hieran geknüpften Beschreibung der beiden Parteien, die begreiflicherweise sehr zu Gunsten der eignen — der „Ganzen" — ausfällt, so ist gegen diese Erklärung vom deterministischen Standpunkte aus wohl kaum etwas einzuwenden. Um so auffälliger muss es erscheinen, dass Adickes alsbald Vorwürfe über Vorwürfe auf die Gegner, die „Halben", häuft, deren „Gefühlseinwürfe alle nicht standhalten, wenn man es nur wagt und über sich gewinnt, den Tatsachen fest ins Auge zu schauen und statt der eigenen Vorurteile sie allein sprechen zu lassen". Wer soll denn hier etwas „wagen und über sich gewinnen"? Der „Ganze" braucht es nicht, weil er schon seiner ganzen Anlage nach zu der Anschauung tendiert, die A. für die richtige hält; der „Halbe" dagegen kann doch — immer vom grundsätzlichen Standpunkte A. aus betrachtet — nicht gegen seine Natur. Nicht minder auffällig ist die Art und Weise, wie A. zwischen Fatalismus und Determinismus unterscheidet (S. 198): „Der Fatalist kann sagen: das Wollen hat keinen Zweck,

4. Dass mit Betrachtungen, wie den in Nr. 3 angestellten, keine wissenschaftliche Begründung des Indeterminismus gegeben ist, verhehlen wir uns selbstverständlich nicht. Ja, wir gestehen sogar offen zu, dass eine streng wissenschaftliche Lösung des Willensproblems für uns Menschen voraussichtlich immer unmöglich bleiben wird. Wohl aber halte ich im Anschluss an Lotze, G. Rümelin u. A.[10]) dafür, dass die Einwendungen, welche gegen

---

es würde doch ohne Wirkung bleiben, da alles vorher bestimmt ist. Für den Deterministen ist das Wollen und das daraus folgende Handeln ein Mittel, Welt und Schicksal zu gestalten." In Wahrheit ist der Fatalismus nur ein ins Praktische umgesetzter Determinismus und das, was A. im Gegensatze dazu als Determinismus bezeichnet, ein theoretisch entstellter, unbewusster Indeterminismus. Wenn man einmal postuliert, dass schlechthin alles Geschehen nach unabänderlichen Gesetzen auf Grund des einmal vorhandenen Weltbestandes erfolge, dass es insbesondere neue Anfänge in dem Weltlaufe ebensowenig geben könne, wie einen Uranfang, so muss auch wirklich alle geistige Tätigkeit — ganz gleichviel, ob man dieselbe als etwas mit dem mechanischen Geschehen Gleichartiges oder vielmehr als etwas total davon Verschiedenes ansieht, — als blosse Wirkung des in einem gegebenen Momente vorhandenen Weltbestandes anerkannt werden. Erwägt man nun, dass auch der gegenwärtige Weltbestand — von jener Voraussetzung aus — als ein dem vorausgehenden mit ausnahmeloser Notwendigkeit folgender und so immer weiter zurück als ein von Ewigkeit her mit Notwendigkeit bestimmter erscheint, so ist klar, dass in dem gegenwärtigen Weltbestande, einschliesslich unserer augenblicklichen geistigen Tätigkeit, gleichzeitig auch schon jeder zukünftige Weltbestand, einschliesslich auch des geistigen Lebens aller zukünftigen Generationen, beschlossen sein müsste. Wer sich das auszudenken vermag, wohl! — der hat ein Recht, sich seines Determinismus zu rühmen; aber er wolle uns dann doch nicht vorspiegeln, dass jeder Einzelne „sich selbst sein Schicksal schaffe", wenn er nur verstehe, sich selbst zu „erziehen". Freilich auch für diese, gleichwie für eine ganze Reihe ähnlicher Äusserungen, die ich hier übergehe, — desgleichen für die Ungeniertheit, mit der Adickes fortgesetzt Worte, wie „wählen" u. a., die in dem Wörterbuch des Determinismus eigentlich fehlen müssten, ganz ebenso gebraucht, wie wir Indeterministen —, hat schliesslich der Determinist die Entschuldigung, dass er nicht anders habe schreiben können. Allein für uns „Halbe" sind derartige Extravaganzen doch ebenso belehrend, als erfreulich.

[10]) Vergl. insbesondere: Lotze, Mikrokosmus (4. Aufl., Bd. I, S. 286 ff., Bd. II, S. 308 ff.) und Vorlesungen über praktische Philosophie (herausgegeben von Rehnisch, 1. Aufl., §§ 17—23); G. Rümelin, Über einige psychologische Voraussetzungen des Strafrechts (Reden und Aufsätze II, S. 37 ff.); H. Sommer, Über das Wesen und die Bedeutung der menschlichen Freiheit und deren

den Indeterminismus vorgebracht werden, keine durchschlagende Bedeutung haben, während zugleich dem Determinismus schwerwiegende Bedenken entgegenzustellen sind.

Den Haupteinwand wider den Indeterminismus bildet in der heutigen Wissenschaft die angebliche Allgemeingültigkeit des sogenannten Kausalitätsgesetzes. Für die Beurteilung dieses Einwands kommt es nun vor allem darauf an, was man eigentlich unter „Kausalitätsgesetz" versteht. Formuliert man dasselbe dahin, dass jede Wirkung ihre Ursache habe,[11]) oder umgekehrt, dass jede Ursache ihre bestimmte Wirkung nach sich ziehe bezw. schon in sich trage, so erscheint jenes Gesetz in der Tat als eine Denknotwendigkeit, da es gar nichts anderes ausspricht, als ein sogen. analytisches Urteil, das mit den beiden Begriffen „Ursache" und „Wirkung" von selbst gegeben ist. Anderseits ist nicht abzusehen, warum mit diesem Satze die Annahme eines — absolut oder relativ — freien Willens unverträglich sein sollte. In Wahrheit meint man denn auch mit dem „Kausalitätsgesetze" meist etwas ganz anderes, nämlich den Satz, dass jede Ursache sich wieder als Wirkung einer andern Ursache darstelle oder, noch genauer gesagt, dass jede der Bedingungen, die in ihrem Zusammentreffen miteinander als Ursache einer Wirkung sich charakterisieren, ihrerseits wiederum bedingt sei. Und wäre dieser Satz wirklich begründet, so würde danach freilich die Annahme einer — auch noch so beschränkten — Willensfreiheit unmöglich sein. Allein bei näherer Betrachtung kann es sich dabei immer bloss um einen Erfahrungssatz handeln, dessen Geltung nicht weiter reicht, als eben jene Erfahrungen, aus denen er abgeleitet ist. Die Behauptung, dass ihm Allgemeingültigkeit zukomme, ist also selbst

---

moderne Widersacher (2. Aufl., Berlin, 1885); M. Wentscher, das Problem der Willensfreiheit bei Lotze (in den „Philosophischen Abhandlungen, dem Andenken Rud. Hayms gewidmet von Freunden und Schülern", S. 157 ff.); Gretener, die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, S. 74 ff.

[11]) Es versteht sich von selbst, dass das Wort „Ursache" hier wie in den nächstfolgenden Erörterungen durchweg im philosophischen oder ontologischen Sinne gebraucht ist, nicht in dem oben § 33, Nr. 5 ff. entwickelten praktisch-juristischen oder strafrechtlichen Sinne. Vergl. dazu die Ausführungen in § 33, Nr. 4, insbesondere Anm. 10.

im günstigsten Falle ein reines Postulat, das man allenfalls als glaubhaft annehmen und als solches (als Hypothese) auch für die Forschung nutzbar machen, aber nimmermehr beweisen kann. Genau dasselbe gilt für die inhaltlich ziemlich gleichbedeutende Behauptung, dass alles Geschehen ohne Ausnahme nach ein für allemal bestimmten Gesetzen erfolge.

Gelegentlich wird alles dies auch von entschiedenen Vertretern des Determinismus zugegeben.[12]) Aber, sagt man, mit jenem Postulate „steht und fällt die ganze Wissenschaft, nicht nur die Naturwissenschaft". Hier liegt augenscheinlich ein Missverständnis vor. Richtig ist, dass eine Wissenschaft im strengen Sinne des Wortes immer nur da möglich ist, wo und soweit das Kausalgesetz Anwendung findet. Denn einen Tatbestand oder Vorgang wissenschaftlich erklären heisst ja nichts anderes als: ihn zurückführen auf seine Ursache, d. h. auf die Bedingungen, aus deren Zusammenwirken er resultiert, bezw. die Gesetze, nach denen er zu stande kommt. Wo hingegen eine streng wissenschaftliche Erklärung weder bisher gelungen, noch in Zukunft zu erwarten ist, da kann der Hinweis auf die Wissenschaft auch keinen zureichenden Grund dafür abgeben, die Gültigkeit des Kausalgesetzes zu postulieren. So wird es niemals eine wahre Wissenschaft von der Entstehung der Welt oder von den Wundern geben; aber hieraus schliessen zu wollen, dass die Welt ohne Anfang gedacht und die Möglichkeit eines Wunders schlechthin verneint werden müsse, ist durchaus unberechtigt, so oft dies auch heutzutage — willkürlicherweise — geschehen mag. Und ebendarum ist auch der bisweilen erhobene

---

[12]) So insbesondere von Adickes a. a. O. S. 166 f. Das gleiche dürfen wir bei allen anderen Deterministen vermuten, die sich über den Begriff eines „Verstandesgesetzes" oder, besser gesagt, einer „Vernunftnotwendigkeit" vollkommen klar sind. „Vernunft-notwendig" kann immer bloss ein Urteil sein, das entweder unmittelbar und schlechthin evident (wie die Axiome der Mathematik und die logischen Gesetze der Identität und des Widerspruchs) oder als streng logische Folgerung aus einem oder mehreren derartigen evidenten Urteilen nachweisbar ist. Dass nun dem sogen. Kausalgesetze in dem obenerwähnten zweiten Sinne nicht unmittelbare Evidenz nachgerühmt werden darf, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass darüber zu allen Zeiten verschiedene Meinungen bestanden haben. Ein Beweis aber auf Grund anderer evidenter Urteile ist bisher jedenfalls nicht gelungen.

Vorwurf nicht zu rechtfertigen, dass der Indeterminismus die von ihm behauptete Willensfreiheit nicht wahrhaft zu erklären oder auch nur begreiflich zu machen vermöge. Sobald er dies versuchen, d. h. sich bemühen wollte, ausser dem vorausgesetzten freien Willen noch besonders den Grund aufzuzeigen, warum der Wille nicht unter allen Umständen den an sich stärksten Antrieben folgen müsse, sondern auch innerhalb gewisser Grenzen gelegentlich einen schwächeren Antrieb zum entscheidenden Motiv erheben könne, würde er offenbar mit sich selbst in Widerspruch geraten.[13])

Annehmbarer, als die soeben abgelehnte Fassung und Verwendung des „Kausalgesetzes" darf auch dem Indeterministen die etwas abweichende Formel erscheinen: Jede Veränderung müsse

[13]) Es ist daher auch durchaus ungerechtfertigt, wenn Hold v. Ferneck (die Rechtswidrigkeit, S. 51) schreibt: „Eine Ausnahme von der Geltung des Satzes (vom Grunde), von dem das Kausalitäts- und speziell das Motivationsgesetz nur einen Anwendungsfall bildet, könnte erst dann zugegeben werden, wenn sie strikte bewiesen würde. Ein solcher Beweis liegt aber nicht nur nicht vor, sondern kann überhaupt nicht erbracht werden. Denn wer etwas beweisen will, setzt bereits voraus, dass es ihm möglich sei, auf die Psyche eines Menschen einzuwirken." Richtig an diesen Bemerkungen ist einzig und allein, dass der hier dem Indeterminismus zugemutete Beweis nicht oder wenigstens nicht in der Weise erbracht werden kann, wie dies in dem vorausgehenden ersten Satze verlangt wird. Dagegen ist eben dieser erste Satz schon darum falsch, weil auch der „Satz vom Grunde" in dem Sinne, dass schlechthin alles einen Grund haben müsse, weder beweisbar, noch unmittelbar evident ist. Dass die Vorstellung der Kausalität die „Grundlage aller Wissenschaft", die „Voraussetzung jedes Beweises" bildet, ist freilich unbestreitbar; aber daraus folgt immer nur, dass wir uns keine Wissenschaft, ja keinen Beweis denken können, der sich nicht als eine Zurückführung auf irgendwelche Gründe darstellte, — keineswegs hingegen, dass wir allgemeinhin auch Gründe für Vorgänge annehmen müssten, bezüglich deren wir auf strikten Beweis oder wissenschaftliche Analyse von vornherein verzichten zu müssen glauben. Nicht minder falsch ist endlich auch der dritte der vorstehend citierten Sätze. „Einzuwirken" auf Andere versuchen wir wohl durch „Beweise", indem wir nämlich hoffen, dass sich diese Andern dadurch bestimmen lassen, d. h. die von uns vorgebrachten Gründe auch für ihre Entscheidung apperzipieren, also zum Motiv derselben erheben möchten. Kein Besonnener jedoch wird sich einbilden, dass seine Beweisführung die gewünschte Wirkung auf den Leser oder Hörer haben müsse; die Erfahrung lehrt uns vielmehr nur zu häufig, dass auch die zwingendsten Beweise gegenüber einem Gegner versagen, der sich nicht bekehren will.

ihren zureichenden Grund haben. Mit dem Begriff der „Veränderung", der freilich auch seine eigentümlichen Schwierigkeiten in sich birgt, ist jedenfalls etwas schon Bestehendes vorausgesetzt, das durch den Hinzutritt eines Neuen, wenn man lieber will, durch den Eintritt eines gewissen Ereignisses die Veränderung erleidet. Damit ist einmal die Frage nach der Entstehung der Welt als eine offene gänzlich ausgeschieden. Anderseits ist nichts dagegen zu sagen, dass das in Betracht kommende Bestehende und das neu Hinzutretende zusammen als Ursache oder zureichender Grund der Veränderung gekennzeichnet werden. Nur einen Vorbehalt müssen wir machen, der übrigens mit dem Wortlaut der obigen Formel durchaus nicht im Widerspruch steht: den Vorbehalt, dass das hinzutretende Neue, welches die eine Bedingung (oder auch eine Mehrheit von Bedingungen) für die Veränderung bildet, nicht durchweg wieder bedingt zu sein braucht. Mit diesem Vorbehalt jedoch können wir die gedachte Formel vollständig uns aneignen; ja, sie erscheint mir dann sogar als passendster Ausgangspunkt für eine Erklärung, zwar nicht des freien Willens an sich, der solcher Erklärung — wie schon oben bemerkt — naturgemäss spottet, wohl aber des Verhältnisses, in welchem seine Wirksamkeit zu dem gesetzmässigen Geschehen in der Welt steht.

Vollkommen freilich wird auch diese Erklärung niemals sein können. Wie es zugeht, dass dem auf eine bestimmte vorgestellte Körperbewegung gerichteten Wollen eine eigentümliche Bewegung im Nervensystem entspricht, hat noch keine Theorie wahrhaft begreiflich zu machen vermocht. Wir müssen uns begnügen, ein allgemeines Gesetz oder, was in der Sache dasselbe besagt, eine solche gleichmässige und unter sich übereinstimmende Organisation von Seele und Leib (psychischer und körperlicher Tätigkeit) vorauszusetzen, dass danach der physiologische Vorgang in gewissen motorischen Nerven, auf welchem eine Spannung bestimmter Muskeln und damit zugleich die gewollte Körperbewegung beruht, dem entsprechenden psychischen Ereignisse, dem Willensakte, gleichviel, wie dieser selbst zu stande gekommen ist, notwendig folgen muss, sofern nur der betreffende Teil des Nervensystems im normalen Zustande sich befindet. Dass dann alle weiteren Folgen, welche die Bewegung jener motorischen Nerven nach sich zieht,

soweit nicht etwa noch andere Willensakte (natürlich in der obenerwähnten Weise vermittelt) eingreifen, ausschliesslich nach biologischen und physikalischen Gesetzen bestimmbar sind, versteht sich von selbst. Hiermit ist aber mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, dass auch wir die Wirksamkeit allgemeiner Gesetze sowohl für die äussere Natur, als auch für die Beziehungen zwischen Leib und Seele, speziell zwischen Willens- und Nerventätigkeit nicht bloss im allgemeinen, sondern namentlich auch als die unentbehrliche Bedingung anerkennen, unter welcher eine vernünftige Willensentschliessung, d. h. eine Erfolg versprechende Zwecksetzung allein denkbar ist.

Es liegt nun nahe genug, in ganz ähnlicher Weise sich das Verhältnis des Willens zu jenen psychischen bezw. psycho-physischen Gesetzen zu denken, welche die neuere Psychologie teils experimentell nachzuweisen, teils wenigstens wahrscheinlich zu machen verstanden hat. Auf der einen Seite finden wir hier ebenfalls Gesetze, die ohne jede Rücksicht auf die Willenstätigkeit in Wirksamkeit treten; so z. B. das bekannte Webersche Gesetz über die Stärke der Empfindung im Verhältnis zur Stärke des äusseren Reizes, durch den sie hervorgerufen wird. Auf der anderen Seite unterscheiden wir Gesetze — und vielleicht gehören hierzu im Gegensatze zu den psycho-physischen alle rein das Innenleben betreffenden Gesetze —, welche das Verhältnis des Wollens zu den sonstigen Formen geistiger Tätigkeit bestimmen. Das will sagen: Die Natur dieser sonstigen Geistestätigkeiten, als Vorstellungen, Gefühle, Antriebe aller Art ist so geartet, dass diese, sofern sie nicht eine gewisse normale Stärke überschreiten, einesteils in bestimmter Weise die Willensentschliessungen vorbereiten und begleiten, andernteils durch zahllose Willensakte selbst in bestimmter Weise reguliert, z. B. der Verlauf der Vorstellungen und die Entwickelung der Gefühle und Antriebe abgeändert, gehemmt oder gefördert werden. Ich betone noch besonders: in bestimmter Weise und innerhalb gewisser Grenzen. So ist der Kreis von Vorstellungen und Gefühlen bezw. Antrieben, die zu einem gegebenen Zeitpunkte in unserm Bewusstsein vereinigt sind, dergestalt maassgebend für unser Wollen, dass ein bewusster Entschluss immer bloss innerhalb dieses Kreises denkbar ist. Nur einen schon irgendwie vorgestellten Zweck können

wir uns als Zweck setzen; nur ein schon vorhandener Antrieb kann, sofern ihm stattgegeben wird, zum Motiv einer Willensentscheidung werden. Umgekehrt ist auch die Kraft des Willens gegenüber den zeitweilig vorhandenen Vorstellungen und Gefühlen eine beschränkte; Zwangs- oder gar Wahnvorstellungen, sowie Affekte höchsten Grades vermögen wir durch Willensakte allein nicht zu überwinden, mindestens nicht mit einem Male. Aus der letzteren Tatsache aber lässt sich zugleich weiter schliessen, dass die Intensität der Vorstellungen und Antriebe für unsere Entschlüsse auch da nicht gleichgültig ist, wo jene einen gewissen normalen Stärkegrad nicht überschreiten: die Vermutung, dass die Willensentscheidung den schon an sich stärksten Antrieben entsprechen werde — gleichviel, ob diese Antriebe aus bestimmten äusseren Umständen oder vielmehr aus dem „Charakter" des Wollenden (vergl. oben Anm. 7 zu Nr. 3) entspringen mögen —, erscheint also im allgemeinen gerechtfertigt. Nur dass der Wille notwendig diesen relativ stärksten Antrieben folgen müsse oder gar schon die Willensentscheidung durch deren Übergewicht unmittelbar herbeigeführt werde, glaubt der Indeterminismus verneinen zu sollen: teils auf Grund gewisser Tatsachen der inneren Erfahrung (Freiheitsbewusstsein und Reuegefühl), von denen bereits oben in Nr. 3 a. E. die Rede war, teils wegen schwerwiegender Bedenken gegen die — zwar von den Gegnern teilweise geleugneten, aber u. E. nicht abzuweisenden — Konsequenzen des Determinismus.[14])

---

[14]) Wenn ich unsere oben dargelegte, schon in Nr. 3, insbesondere Anm. 4 angedeutete Ansicht kurzweg als relativen oder beschränkten Indeterminismus bezeichnen darf, so liegt es mir vollständig fern, dabei an eine Mittelstufe zwischen Determinismus und Indeterminismus zu denken. Dass diese beiden letzteren Begriffe als kontradiktorische aufzufassen sind, gebe ich den Gegnern gern zu. Versteht man nun unter „Determinismus" eine Weltanschauung, welche schlechthin alles Geschehen als ein gesetzmässig bestimmtes und demgemäss auch alles Wollen als gesetzmässig determiniert denkt, so fällt unter den Begriff des Indeterminismus jede Ansicht, die auch nur irgendwie oder irgendwo ein Nicht-determiniertsein annimmt, also speziell auch unsere Ansicht, dass der Wille nur innerhalb gewisser Grenzen oder unter gewissen Voraussetzungen frei sei. Als relativen oder beschränkten Indeterminismus aber dürfen wir unsere Ansicht bezeichnen teils schon wegen der allgemeinen Annahme gewisser Grenzen oder Voraussetzungen der Willens-

Bevor wir uns indessen dazu wenden, die letzterwähnten Konsequenzen und die hieraus abzuleitenden Bedenken näher zu erörtern, wird es zweckmässig sein, vorerst noch einige weitere

---

freiheit, teils und noch mehr im Hinblick darauf, dass diese Grenzen und Voraussetzungen obendrein als individuell — nach Personen und Zuständen — verschiedene gedacht werden können. Wir werden auf den letzteren Punkt in Nr. 5 a. E. zurückkommen. Hier möchte ich mich nur noch mit einigen Worten gegen die Meinung wenden, ein solcher relativer Indeterminismus sei gar nicht wesentlich verschieden von dem absoluten und ebenso „undenkbar", wie dieser. Diese Meinung beruht bei näherer Betrachtung auf ganz verkehrten Suppositionen. Am deutlichsten tritt dies hervor an dem Versuche Trägers (a. a. O. S. 67), „den geringen Unterschied der Anschauungen an einem Bilde klar zu machen". Er schreibt: „Nach dem sogenannten absoluten Indeterminismus würde der Wille einer unbeschwerten, im Gleichgewicht befindlichen Wage gleichen, deren nie belastete Schalen sich dennoch zu senken und zu heben vermögen kraft ihrer selbst; nach dem relativen Indeterminismus aber würde die Wage zwar beschwert werden, Vorstellungen und Gefühle können sich auf die Schalen legen, aber doch hat die Wage in sich selbst die Kraft, die mehr beschwerte Schale emporzuschnellen und die entgegengesetzte, weniger belastete hinabzudrücken. Eins so undenkbar und unfassbar, wie das andere." Gewiss, wenn der Vergleich berechtigt und der Wille wirklich mit einer Wage zu vergleichen wäre, so würde auch gegen Trägers Folgerungen wenig einzuwenden sein. Allein er hat offenbar übersehen, dass er sich seinen Vergleich ganz und gar von seinem spezifisch deterministischen Standpunkte aus konstruiert hat. Dem Indeterministen wird es nie einfallen, den Willen mit der Wage selbst zu vergleichen, sondern er wird ihn höchstens vergleichen mit der Hand, die die Wage hält, und vermöge welcher der Wagehalter im stande ist, unter Umständen den Ausschlag der Wage nach eigenem Belieben zu gestalten. Natürlich hinkt auch dieser Vergleich; was beim Wägen, sofern wir auf den abstrakten Zweck sehen, regelmässig als ein Missbrauch der dabei mitwirkenden Hand erscheint, dazu ist uns der Wille recht eigentlich geschenkt, nämlich um zu Gunsten der vernünftigen, insbesondere ethischen Antriebe auch da den Ausschlag zu geben, wo deren natürliche Triebkraft nicht ausreicht, die entgegengesetzten Antriebe zu überwinden. Allein dass bei unserer modifizierten Auffassung der Sache der Unterschied zwischen den beiden Fällen ganz anders hervortritt, dass auch der Vorgang namentlich in dem zweiten Falle sich als durchaus nicht undenkbar und unfassbar darstellt, bedarf wohl kaum erst der weiteren Erörterung. Ein Beweis für die Richtigkeit des relativen Indeterminismus liegt freilich auch in dieser Korrektur gegnerischer Ausführungen noch nicht; einen solchen können wir vielmehr, soweit überhaupt in diesen Dingen von Beweisen die Rede sein darf, nur auf den oben im Texte angegebenen Wegen erbringen.

Argumente ins Auge zu fassen, die zu Gunsten des Determinismus vorgebracht zu werden pflegen.

5. Vor allen Dingen haben wir mehrerer Versuche zu gedenken, die ursachliche Bestimmtheit unserer Willensentschlüsse direkt aus der Erfahrung nachzuweisen.

An erster Stelle steht da die Berufung auf die angebliche Erfahrungstatsache, dass man bei rechter Selbstbeobachtung stets die Gründe finden werde, durch welche unsere Entschlüsse mit Notwendigkeit bestimmt worden seien. Hiergegen liesse sich zunächst bemerken, dass schon die blosse Auffindung bestimmter Motive für unsere Entschlüsse in nicht wenigen Fällen recht schwierig sein dürfte. Sehen wir indessen auch davon gänzlich ab, wie wir dies schon oben in Nr. 3 getan haben, und halten uns ausschliesslich an die Fälle, wo sich unser Wollen als ein motiviertes darstellt, so folgt aus dieser Tatsache allein, wie wir ebenfalls bereits a. a. O. bemerkt haben, noch lange nicht, dass das Wollen durch das Motiv bestimmt war und nicht vielmehr umgekehrt das Motiv durch den Willen. Zuvörderst ist klar, dass ein Erfahrungsbeweis für das eine oder andere immer nur auf eine Erfahrung an solchen Motiven gegründet werden könnte, die uns nicht erst durch tendenziöses, nachträgliches Suchen bewusst werden, sondern unmittelbar bei der Tat in unserm Bewusstsein vorhanden waren. Gerade die Selbstbeobachtung bei jeder unseren Willensentschlüssen vorausgehenden Überlegung zeigt uns nun aber, dass in diesem Momente der Überlegung das, was sich uns später als „Motiv" darstellt, noch nicht als notwendig bestimmend empfunden zu werden pflegt, sondern vielmehr bloss als ein uns reizendes Ziel, dem wir nachzugehen in der Lage sind, auch wohl Lust verspüren, aber nicht nachgehen müssen. Und ganz im Einklang damit steht das Freiheitsbewusstsein bei der die Überlegung abschliessenden Willensentscheidung. Ob diese Erfahrungen etwa auf einer fortgesetzten Selbsttäuschung beruhen, wie der Determinismus annehmen muss, ist ja freilich eine Frage, die sich nicht mit absoluter Sicherheit verneinen lässt; immerhin handelt es sich um wirkliche innere Erfahrungen, wie sie allem Anschein nach von den weitaus meisten normal veranlagten Menschen täglich gemacht werden, während entgegengesetzte Erfahrungen in der Regel nur

als pathologische Erscheinungen uns entgegentreten. Dazu kommt noch eine weitere Erwägung. Der Ausdruck „Motiv“ wird — meist ohne scharfe Unterscheidung — in einer doppelten Bedeutung gebraucht: bald meint man damit den weiter abliegenden Zweck, um dessen willen wir einen andern Zweck uns setzen; bald bezeichnen wir damit eine unserm Willensentschlusse vorausgehende Richtung unsers Geistes auf jenen weiteren Zweck oder m. a. W. dasselbe, was wir in unsern bisherigen Ausführungen als „Antrieb“ gekennzeichnet haben. Sehen wir genauer zu, so ist der letztere Gebrauch des Wortes „Motiv“ inkorrekt und irreführend. So wenig ein von dem wollenden Subjekt abgelehnter Antrieb als Motiv für dessen Wollen oder Handeln bezeichnet werden kann, so wenig hat überhaupt irgend ein Antrieb auf diesen Titel Anspruch, bevor ein dem Antriebe entsprechender Willensentschluss erfolgt ist. Anderseits denken wir da, wo wir von dem Motive eines bereits gefassten Entschlusses reden, regelmässig nicht an den vorausgegangenen Antrieb als solchen, sondern — davon ganz abstrahierend — an jenen weiteren Zweck, auf den ein oder mehrere solcher Antriebe sich richteten. Und zwar ist es niemals ein bloss vorgestellter Zweck, der uns als Motiv erscheint; auch dann nicht, wenn diese Zweckvorstellung zugleich uns einen bestimmten Anreiz darbietet. Vielmehr müssen wir auch jenen weiteren Zweck — ganz ebenso wie den näheren, auf den der durch jenen motivierte Willensentschluss direkt sich richtet, — uns selbst als Zweck gesetzt, d. h. gewollt haben. Wohl mag es dann nachträglich so aussehen, als wenn jener weitere Zweck selbst den auf den näheren gerichteten Entschluss bestimmt habe. Ja, wir können sogar zugeben, dass der betreffende weitere Zweck hier wirklich als Beweggrund für die auf den näheren Zweck gerichtete Entschliessung charakterisiert werden darf. Nur ist es in Wahrheit nicht der fragliche Zweck selbst, der die nachfolgende speziellere Zwecksetzung bestimmt hat, sondern vielmehr das wollende Subjekt, das beide Zwecke sich gesetzt, und zwar den einen zugleich als Grund des andern.

Dem ersten Anblick nach beachtenswerter ist der Versuch, die gesetzmässige Bestimmtheit unserer Handlungen aus den Ergebnissen der Statistik nachzuweisen; ein Versuch, der im

zweiten Drittel des vorigen Jahrhunderts in weitesten Kreisen Aufsehen erregte. Indessen nach der äusserst gründlichen Kritik, die dieser Versuch von Knapp und Rehnisch erfahren hat,[15]) dürfen wir denselben wohl als erledigt ansehen. Vor allem scheint mir danach unwiderleglich dargetan, dass aus den beigebrachten statistischen Daten, selbst wenn sie durchweg richtig wären, nimmermehr die Schlussfolgerungen zu rechtfertigen sind, welche Quetelet und seine Nachtreter daraus gezogen haben. Zum Überfluss hat dann auch noch Rehnisch in peinlich genauer Untersuchung festgestellt, dass schon das Material, auf welches die berühmte Lehre von dem alljährlich wiederkehrenden „Budget der Verbrechen" gegründet wurde, in mehrfacher Hinsicht entstellt oder wenigstens falsch gruppiert war.

Ein dritter Versuch endlich, den wir hier zu verzeichnen haben, nimmt seinen Ausgang von gewissen wirklichen oder vermeintlichen Erfahrungen der neueren Psychopathologie.[16]) Schon dieser Ausgangspunkt erscheint bei näherer Betrachtung als recht bedenklich. Nicht etwa, weil unsere Jurisprudenz seit langem gewohnt ist, die Geisteskranken gleichsam als eine Menschenklasse für sich zu behandeln. Dass die neuere Psychologie aus

---

[15]) G. F. Knapp, die neueren Ansichten über Moralstatistik (Vortrag, gehalten in der Aula der Universität zu Leipzig, abgedruckt in Hildebrands Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 16, S. 237—250); E. Rehnisch, zur Orientierung über die Untersuchungen und Ergebnisse der Moralstatistik (in der Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, Bd. 68, S. 213—264 und Bd. 69, S. 43—115).

[16]) Der nachstehenden Darstellung und Beurteilung dieses Versuchs liegt hauptsächlich zu Grunde die Abhandlung von A. Hoche: „Die Freiheit des Willens vom Standpunkte der Psychopathologie" (Heft 14 aus den „Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens", herausgegeben von Löwenfeld & Kurella). Danach (S. 8) sind es „vor allem zwei Punkte, an denen eine Untersuchung (vom psychopathologischen Standpunkte aus) nicht nutzlos erscheint": die Lehre vom „intelligiblen Charakter" und das Freiheitsbewusstsein. Auf das über die erstere Lehre gegen Kant und Schopenhauer Ausgeführte einzugehen, haben wir überdies nur insoweit Veranlassung, als der Verfasser unter diesem Gesichtspunkte die Tatsache des „Gewissens" zu erklären oder vielmehr zu beseitigen unternimmt. Dagegen wird es angezeigt sein, vor allen Dingen die Grundvoraussetzung genauer zu prüfen, auf welcher Hoche seine Untersuchung über die gedachten beiden Hauptpunkte aufbaut.

der Untersuchung psychopathologischer Erscheinungen sehr vieles gelernt hat, wird niemand leugnen, der auch nur einige Kenntnis von der jüngsten Geschichte jener Wissenschaft besitzt. Allein wenn aus der allgemeinsten jener psychopathologischen Erfahrungen, nämlich daraus, dass von den „normalen" zu den „abnormen" Zuständen ein „stetiger Übergang" stattfindet, der — für alle weiteren Erörterungen grundlegende — Schluss gezogen wird, dass „das geistige Geschehen bei den Geisteskranken sich nicht prinzipiell, sondern nur nach Stärke, Ablaufsform und Entstehungsweise von dem der Geistesgesunden unterscheide", so muss diese Folgerung als eine ebenso willkürliche, wie schon ihrem Inhalte nach unklare zurückgewiesen werden. Was heisst hier überhaupt „prinzipiell"? Was lässt sich nicht alles unter die Begriffe „Stärke, Ablaufsform und Entstehungsweise" bringen und was bleibt nach Abzug dessen noch übrig ausser der ganz allgemeinen Tatsache irgend eines geistigen Geschehens oder allenfalls einiger — gleichfalls nur ganz allgemein bestimmbarer — Hauptarten solches Geschehens? Und selbst wenn wir uns über diese Dinge einigermaassen verständigen könnten, so ist doch damit die Richtigkeit jener Folgerung längst nicht bewiesen. Mit genau demselben Rechte könnte jemand auf Grund der gleichen Erfahrungstatsache des „stetigen Übergangs" behaupten: Blindsein und Sehen, Taubsein und Hören seien nichts prinzipiell Verschiedenes, sondern nur Unterschiede in der Art und Weise, wie Auge und Ohr funktionieren. Ja, schliesslich wären dann alle konträren Gegensätze, wie „gut und böse", „schön und hässlich", „schwarz und weiss" u. s. f. schlechthin keine Gegensätze mehr, weil sich überall zahllose Zwischenstufen fänden, durch welche der Übergang von dem einen zum andern ganz allmählich sich zu vollziehen scheint. Dass diese Auffassung unhaltbar und deshalb auch die unmittelbare Übertragung der an Geisteskranken gemachten Erfahrungen auf das normale Geistesleben unzulässig ist, bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung. Dagegen kann allerdings der Indeterminismus aus jener wirklichen Erfahrungstatsache, dass zwischen den normalen und den abnormen Geisteszuständen keine völlig unüberschreitbare Kluft, sondern vielmehr ein stetiger, allmählicher Übergang besteht, sich die Lehre entnehmen, dass

auch die Willensfreiheit als eine individuell höchst verschiedene, allmählich — bis zur völligen Gebundenheit oder Aufhebung des Wollens — abgestufte gedacht werden müsse. Ein sogenannter absoluter Indeterminismus erscheint danach in der Tat unmöglich. Um so besser entspricht dieses Resultat unserer Annahme einer relativen oder beschränkten Willensfreiheit; ja, diese Möglichkeit bezw. Tatsächlichkeit einer individuell verschiedenen Beschränkung der Willensfreiheit ist von uns bereits oben in Nr. 3 und 4 angedeutet worden. Nur darf man die individuelle Verschiedenartigkeit nicht zu ausschliesslich betonen. Gleichwie wir überhaupt ein gewisses Durchschnittsmaass geistiger Fähigkeiten, ohne welches ein vernünftiges Zusammenleben undenkbar wäre, bei der ungeheueren Mehrzahl von Menschen voraussetzen müssen, so auch ein mittleres Maass von Willensfreiheit. Angesichts nun dieser ungeheueren Mehrzahl stellen sich die Fälle, in denen wir von psychopathologischen Erscheinungen reden, immerhin bloss als Ausnahmen dar. Und hieraus ergibt sich abermals, dass die an solchen Ausnahmefällen gemachten Erfahrungen nicht maassgebend sein können für die Beurteilung der normalen, d. h. bei der ungeheueren Mehrzahl von Menschen vorhandenen Geistestätigkeiten.

Dies gilt insbesondere auch für die Beobachtungen, die man in den Fällen der Melancholie und der Manie bezüglich des Freiheitsbewusstseins und des Gewissens gemacht haben will. Angenommen einmal, dass wirklich in diesen beiden Fällen die tatsächliche psychologische Unfreiheit — auch für den Indeterministen — ausser Zweifel stehe, so würde doch die weitere Erfahrung, dass hiermit bei der Melancholie ein Gefühl der Unfreiheit, bei der Manie hingegen ein Gefühl der Freiheit verbunden zu sein pflegt, zunächst nichts anderes beweisen, als dass das Vorstellungsbild, das sich der Melancholiker von seinem eignen Verhalten macht, ein richtigeres ist, als das dem in Manie Handelnden vorschwebende; vorausgesetzt, dass überhaupt das „Freiheitsgefühl" des Letzteren ein wahres Freiheitsgefühl in dem uns hier interessierenden Sinne ist, d. h. ein Gefühl, zwischen zwei Möglichkeiten wählen zu können.[17])

[17]) Man mag vielleicht darüber streiten, ob es zulässig ist, kurzweg von einem Gefühl zu reden, zwischen zwei Möglichkeiten wählen zu können, oder ob wir nicht statt dessen vielmehr sagen müssten: ein Gefühl, verbunden mit

Und die ebenfalls öfters bei Melancholischen zu beobachtende „spontane, objektlose Entstehung von Gewissensregungen", sowie das bei andern Formen von Geistesstörung vorkommende „Fehlen oder Schwinden des Gewissens" und die mannigfachen „individuellen Variationen schon in der Gesundheitsbreite", selbst wenn sie wirklich „viel grösser" sein sollten, „als die theoretische Psychologie" annimmt, vermögen dennoch nicht die Überzeugung zu erschüttern, dass das Stück Gefühlsleben, das wir „Gewissen" nennen, einem allgemeinen ethischen Zwecke zu dienen bestimmt sei. Oder will man etwa auch behaupten, alle Organe unseres Leibes hätten keinen allgemein bestimmbaren gleichen Zweck zu erfüllen, sondern nur verschiedene individuelle, — denn im Falle der Erkrankung leisteten sie Zweckwidriges oder auch gar nichts, und sogar im normalen Zustande funktionierten sie viel verschiedener, als die

---

der Vorstellung, wählen zu können. Jedenfalls aber kann nur ein Gefühl der so oder so bezeichneten Art als „Wurzel des Freiheitsbewusstseins" hingestellt werden. Das „sehr lebhafte Gefühl eines leichten und glücklichen Vonstattengehens der geistigen Prozesse im allgemeinen, der Willensvorgänge im besonderen", wie es Hoche a. a. O. S. 32 betont, ist gar kein hervorstechendes Kennzeichen des Freiheitsbewusstseins im indeterministischen Sinne. Im Gegenteil: das Bewusstsein, sich auch anders entschliessen zu können, ist am klarsten und stärksten da vorhanden, wo die wirkliche Entschliessung erst am Ende einer längeren Überlegung, insbesondere nach schwerem Kampfe mit entgegengesetzten Neigungen erfolgt. Wenn trotzdem Hoche für den Zustand der Manie das Obwalten eines starken Freiheitsgefühls behauptet, so meint er damit augenscheinlich etwas ganz anderes, als was uns hier interessiert; dass in dem betreffenden Freiheitsgefühle auch ein Gefühl des Anders-könnens liege, hat er nicht nur nicht behauptet, sondern durch seine sonstige Beschreibung des Zustandes selbst nahezu ausgeschlossen. Aus dem gleichen Grunde erscheint aber auch seine Charakteristik der Melancholischen, wie ich sie oben im Texte bedingungsweise adoptiert habe, als teilweise anfechtbar. Zwar wo es sich um Taten Melancholischer handelt, die aus als zwingend empfundenen Impulsen hervorgehen, wie Verletzungen des eigenen Körpers oder Tötung geliebter Angehörigen, da kann von einem Freiheitsgefühl auch in unserem Sinne nicht die Rede sein. Wo jedoch nur „der Gedankenablauf verlangsamt und erschwert" oder „zu den körperlichen Bewegungen eine unverhältnismässig grosse Willensanspannung notwendig ist", da dürfen wir billig zweifeln, ob wirklich ein Gefühl voller Unfreiheit oder nicht vielmehr das einer bloss beschränkten Willensfreiheit vorliegt; auch dürfte in diesem Falle die „tatsächliche psychologische Unfreiheit" nicht wahrhaft zu erweisen sein.

Physiologie darlege? Freilich, wer jede teleologische Anschauung der Dinge verwirft, muss auch die Möglichkeit allgemeiner Zwecke in der Organisation des Menschen leugnen; wer hingegen überhaupt die Herrschaft solcher allgemeinen Zwecke in der organischen Natur anerkennt, hat auch keinen Anlass, sie für das Gebiet des Geistes und speziell des Gewissens zu verneinen.

6. Eine besondere Betrachtung verdienen die religiösen Bedenken, die zu den verschiedensten Zeiten in der Frage der Willensfreiheit eine Rolle gespielt haben.

Allerdings mutet es seltsam genug an, wenn die Berufung auf die Autorität religiöser Charakterköpfe ungescheut von Vertretern eines Determinismus geübt wird, der im Grunde von religiösen Bedenken überhaupt nichts mehr weiss. Noch schlimmer jedoch ist, dass hierbei Männer zu Deterministen gestempelt werden, die dies in Wahrheit gar nicht waren, — wenigstens nicht im Sinne unserer heutigen Wissenschaft. So wird z. B. regelmässig übersehen, dass Luther (in der Erklärung des 91. Psalms) ebenso wie Melanchthon (Apologia Conf. Art. XVIII) und die Verfasser der Concordienformel (Art. II de libero arbitrio) sehr bestimmt unterscheidet zwischen „weltlichen und äusserlichen Geschäften" einerseits und „geistlichen und göttlichen Sachen" anderseits. Bezüglich des erstgedachten Gebietes geben die Vorgenannten sämtlich eine Wirksamkeit der Vernunft und des freien Willens offen zu; und schon darum wären sie jedenfalls zu den Anhängern eines relativen Indeterminismus zu rechnen. Aber auch selbst auf dem zweiten Gebiete vermögen sie schliesslich doch nicht jede freie Willensbestimmung zu verneinen. Was sie behaupten, ist immer nur die Unfähigkeit des Menschen, aus eigener Vernunft und Kraft Gott zu erkennen, sein Gesetz zu erfüllen, das Gute zu vollbringen; nur auf diese Unfähigkeit bezieht sich der Vergleich mit Klotz und Stein, einem ungehobelten Block oder unbändigem Tiere. Grund dieser Unfähigkeit ist die infolge des „Sündenfalls" verderbte Natur des menschlichen Herzens, dessen „Dichten und Trachten seitdem böse ist von Jugend auf und immerdar". Helfen kann hier bloss die göttliche Gnade, die uns „durch den heiligen Geist in der Predigt des Evangeliums beruft, mit seinen Gaben erleuchtet, im rechten Glauben heiligt und erhält". Allein diese

Gnade wird uns schliesslich doch nicht aufgenötigt, auch nicht nach der soeben dargelegten reformatorischen Anschauung; sie kann vielmehr auch abgelehnt und da, wo sie zunächst angenommen wurde, wieder verloren werden. Und damit ist wiederum ein — wenn auch noch so beschränktes — Eingreifen freier Willensentschliessung zugestanden.

Nicht zu bestreiten ist dagegen, dass die Weltanschauung Calvins, wie sie ihren charakteristischen Ausdruck in seiner Prädestinationslehre gefunden hat, eine wirklich streng deterministische ist. Noch mehr: Wenn man überhaupt voraussetzt, dass zu der göttlichen Vollkommenheit, wie sie unser religiöses Gefühl verlangt, notwendig zugleich eine schlechthin unbedingte Allwissenheit auch in Betreff alles zukünftigen Geschehens gehöre, so bleibt schlechterdings kein Raum in der Welt für die Annahme irgendwelcher Spontaneität.[18]) Allein eine ganz andere Frage ist es, ob jene Voraussetzung eines ausnahmelosen Allwissens, die ihre zureichende Stütze doch nur finden kann in bestimmten Bedürfnissen des religiösen Gemüts, wirklich diesen Bedürfnissen entspricht oder nicht vielmehr widerspricht.[19]) Für mein Teil kann ich nichts Anstössiges, namentlich keine Verkürzung der göttlichen Vollkommenheit, in dem Gedanken finden, dass Gott durch die Schöpfung von relativ unabhängigen Wesen seinem eigenen Wissen bezüglich zukünftigen Geschehens eine eigentümliche Beschränkung auferlegt hat. Im Gegenteil; nur bei solcher Annahme wird der Glaube an einen Gott verständlich, zu dessen persönlichen Eigenschaften in erster Linie Gerechtigkeit und Liebe gehören sollen.

---

[18]) Dass auch der Versuch Lotzes, eine solche ausnahmslose Allwissenheit bezüglich selbst alles zukünftigen Geschehens mit der Anerkennung der Willensfreiheit in Einklang zu bringen — nämlich durch den Hinweis auf die Subjektivität der Zeit und die Annahme einer Überzeitlichkeit der göttlichen Anschauung —, nicht als gelungen zu erachten ist, hat M. Wentscher in seiner oben (Nr. 5, Anm. 10) citierten Abhandlung (S. 197 ff.) in überzeugender Weise dargelegt.

[19]) Auch diese Frage ist von Wentscher a. a. O. (S. 199—202) in sehr beachtenswerter Weise behandelt worden: im Resultate wesentlich übereinstimmend mit unseren nachstehenden Bemerkungen im Texte, aber ausführlicher und mit eigenartiger Begründung.

Hiermit haben wir bereits eine zweite Reihe religiöser Bedenken berührt, deren Spitze umgekehrt wider jede rein deterministische Weltanschauung sich richtet. Was haben überhaupt ethische Prädikate, wie Gerechtigkeit und Liebe, noch für einen Sinn als Kennzeichnung des Verhaltens eines allumfassenden Geistes gegenüber einer Welt, die bis ins kleinste Detail hinein ausschliesslich sein eigenes Produkt ist? Wie lässt sich ferner mit der Zurückführung alles Geschehens auf Gott die an allen Ecken und Enden hervortretende Tatsache des Bösen vereinigen? Und wird nicht schliesslich — mindestens durch den modernen Determinismus mit seiner Betonung der Allgemeingültigkeit des Kausalgesetzes — sogar die Allmacht Gottes in Frage gestellt?[20])

7. Eine der bemerkenswertesten Blüten, welche die neuere deterministische Literatur gezeitigt hat,[21]) ist die Entdeckung, dass alles Recht, indem es auf den menschlichen Willen einzuwirken bestimmt sei, damit notwendig auch eine Determinierbarkeit

---

[20]) Alle diese Fragen, deren weitere Erörterung ich mir hier versagen muss, werden freilich selbst von der modernen Theologie viel zu wenig beachtet. Auch sie ist stark infiziert von der modernen Schwärmerei für eine absolute Allgemeingültigkeit des Kausalgesetzes und täuscht sich leichtfertig hinweg über deren Konsequenzen. Es ist ein verhängnisvoller Irrtum zu meinen, dass zu diesen Konsequenzen bloss die Verneinung jedes Wunders gehöre. Das Wunder ist nicht bloss des Glaubens liebstes Kind; mit der Leugnung der Möglichkeit jedes Wunders — wohl zu unterscheiden von der Beurteilung des einzelnen Falles, bezüglich deren man immerhin sehr skeptisch sein mag, — ist bei ernstlicher Erwägung überhaupt kein wahrer Glaube an einen persönlichen Gott als Erhalter und Regierer der Welt mehr möglich. Wenn unsere moderne Theologie es trotzdem fertig bringt, an dem letzteren festzuhalten, so vermag sie das nur kraft der auch in unseren Denkoperationen sich geltend machenden Willensfreiheit.

[21]) Vergl. insbesondere Hold von Ferneck a. a. O. S. 70—72. Wir müssen es diesem eifrigen Vertreter des Determinismus zum Verdienst anrechnen, dass er sich in hervorragendem Maasse bemüht hat, die Konsequenzen seiner Grundanschauung mit aller Schärfe zu ziehen. Völlig gelungen ist ihm dies allerdings nicht. Die letzten, äussersten Konsequenzen des Determinismus sind ihm, wie den meisten entgangen und seine Deduktionen bewegen sich demzufolge in fortgesetzten Widersprüchen. Aber der Ernst und die spezielle Art und Weise, wie er seine Sache angefasst hat, bestimmen mich, gerade seine Ausführungen hier besonders zu berücksichtigen.

desselben voraussetze und dass demgemäss der Jurist eo ipso Determinist sei. Blicken wir freilich auf die Geschichte der Rechtswissenschaft, so muss eine solche Behauptung beinahe komisch wirken. Auch ist der Trugschluss, der in der Berufung auf die angeführte Intention alles Rechts steckt, leicht zu erkennen; immerhin ist mit dem Hinweise auf die Einwirkungstendenz des Rechts ein Punkt getroffen, an welchem jede ernstliche Erörterung der Frage einsetzen muss: Wie steht das Recht zu dem Problem der Willensfreiheit?

Allerdings begreift diese Frage zweierlei. Zum einen Teile verlangt sie eine Erforschung der Anschauungen, die das positive Recht oder, richtiger gesagt, bestimmte positive Rechte über die Bestimmbarkeit des Willens gelegentlich kundgeben oder doch stillschweigend voraussetzen; zum andern Teile ist sie präziser so zu formulieren: Wie verträgt sich die Tatsache des Rechts oder m. a. W. das, was wir als wahre Natur alles Rechts erkennen, mit der Annahme einer Willensfreiheit? In der ersteren Beziehung ist unsere Frage bereits oben in Nr. 3 und zwar im Sinne des Indeterminismus erledigt. Aber wie wir früher in Betreff der Natur des positiven Rechts betonen mussten (Bd. I, S. 7–11), dass hierfür die Selbstaussagen irgendwelcher positiver Rechte nicht schlechthin entscheidend sein könnten, so müssen wir auch zugeben, dass die Voraussetzung einer gewissen Willensfreiheit in unseren positiven Rechten noch kein durchschlagender Beweis dafür ist, dass diese Annahme in einem notwendigen Zusammenhange mit der allgemeinen Natur des Rechts steht. Und ebendarum bedarf das zweite Fragestück noch einer besonderen Untersuchung.

Mag man nun den Inbegriff anerkannter Gemeinschaftsnormen, den wir „Recht“ nennen, wesentlich als etwas Innerliches, dem menschlichen Geiste selbst gewissermaassen Inhärierendes, oder vielmehr als eine objektive, uns gegenüberstehende, mehr oder weniger mit äusseren Zwangsmitteln operierende Macht auffassen, — und richtig verstanden, trifft ja beides zu, — jedenfalls erscheint als Zweck alles Rechts: das Verhalten von Menschen zu regeln, also auf Menschen einzuwirken, ihre Handlungen bezw. Willensentschlüsse zu bestimmen. Es kommt mithin vor allem darauf an: Wie ist ein solches Einwirken oder Bestimmen zu denken?

Sehen wir bloss auf die Worte als solche, so wird in der Tat der oben erwähnte Trugschluss begreiflich. Wer von vornherein fest überzeugt ist, dass alles Geschehen in der Welt und darum auch alles Wollen notwendig, d. h. in ausnahmslos gesetzmässiger Weise determiniert ist, für den liegt es nahe, in jeder Annahme einer „Einwirkung" auf den Menschengeist oder einer „Bestimmbarkeit" des letzteren auch ein unwillkürliches Zugeständnis an den Determinismus zu sehen. Aber gerade hierin liegt der Irrtum. In Wahrheit bestreitet auch der Indeterminismus gar nicht allgemein die Bestimmbarkeit des Willens oder, allgemeiner gesagt, der menschlichen Geistestätigkeiten, von welchen das bewusste Wollen nur eine bestimmte Form bildet. Er leugnet vielmehr bloss, dass „Bestimmbarkeit" gleichbedeutend sei mit „notwendigem, gesetzmässigem Bestimmt-werden". Und dazu hat er guten Grund.

Zuvörderst ist klar, — selbst von einem entschieden deterministischen Standpunkte aus betrachtet, — dass niemals ein Willensentschluss ausschliesslich auf das „Motiv" zurückgeführt werden darf, das wir gemeinhin als „bestimmend" bezeichnen. Immer und überall ist dieses „Motiv" nur Eine der mehreren Bedingungen, die zusammen die Ursache des fertigen Willensentschlusses darstellen. Hieraus folgt aber schon, dass es auch vom deterministischen Standpunkte aus nicht ganz korrekt ist, den Willen als durch jenes einzelne Motiv „bestimmt" zu bezeichnen. Man müsste vielmehr, streng genommen, dieses Motiv immer nur als „mitbestimmend" kennzeichnen — neben allen andern gleichfalls „mitbestimmenden" Bedingungen. Dass nun zu diesen Bedingungen unter allen Umständen auch die gesamte Geistesverfassung der betreffenden Person mit allen darin enthaltenen Antrieben oder, wie man zu sagen pflegt, der „Charakter" des Handelnden gehört, wird ebenfalls allseitig anerkannt. Die indeterministische Anschauung hierüber unterscheidet sich von der deterministischen einzig und allein dadurch, dass sie zu der Geistesverfassung — oder doch zu jeder normalen Geistesverfassung — ausser den im Bewusstsein gegenwärtigen Vorstellungen, Gefühlen und Antrieben noch jenes unerklärbare, aber durch die innere Erfahrung bezeugte Etwas rechnet, vermöge dessen wir befähigt sind, aus der Gesamtheit jener Vorstellungen, Gefühle und Antriebe, sofern solche nicht

einen gewissen Stärkegrad überschreiten, diejenigen auszuwählen, welche Grund und Inhalt des Willensentschlusses bilden sollen. Indem wir jedoch die Möglichkeit verschiedener Stärkegrade oder Intensitätsgrade für Vorstellungen, Gefühle und Antriebe anerkennen, geben wir zugleich zu, dass — ganz abgesehen von den Fällen, wo aus der abnormen Stärke derselben eine unüberschreitbare Schranke für unser Wollen sich ergibt, — erfahrungsmässig auch unsere wirklich freien Willensentschliessungen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle in der Richtung sich vollziehen, auf welche die meisten und stärksten Vorstellungen, Gefühle und Antriebe hinweisen. Und auf Grund dieser Erfahrungen lässt sich, wie wir schon oben (Nr. 3, Anm. 7) betont haben, eine Art von Wahrscheinlichkeitsrechnung über die vermutliche Wirksamkeit bestimmter Antriebe und so insbesondere auch der Rechtsnormen aufstellen, über die auch der strikteste Determinismus schliesslich nicht hinauskommt. Dies und nichts anderes ist mit der „Bestimmbarkeit des Willens" gemeint, die von jedem Rechte — auch nach indeterministischer Auffassung — vorausgesetzt werden muss, wenn überhaupt seine Normen einen Sinn haben sollen.

Hierzu tritt aber noch eine weitere Erwägung. Wenn nach indeterministischer Ansicht der Gedanke einer Einwirkung auf den Menschengeist (oder der Bestimmbarkeit desselben durch irgendwelche Antriebe) stets den Vorbehalt in sich schliesst, dass es in jedem konkreten Falle, der innerhalb der Grenzen freier Willensbetätigung liegt, schliesslich immer darauf ankommt, ob das zu bestimmende Subjekt durch den fraglichen Antrieb sich bestimmen lassen oder nicht anders sich bestimmen will, so liegt auf der Hand, dass dieser Vorbehalt ganz allgemein bezüglich der Wirksamkeit der Rechtsnormen gemacht werden muss. Denn dass die Normen des Rechts, wenn wir von ganz exzeptionellen Individualbefehlen mit schwerster unmittelbarer Zwangsdrohung absehen, niemals nach Art mechanischer Kräfte, durch welche eine Reflexbewegung ausgelöst wird, oder auch nur wie Wahnvorstellungen und höchste Affekte wirken, lässt sich schwerlich in Abrede stellen. Mag uns auch dieser oder jener nicht zugestehen wollen, dass aller Inhalt des Rechts auf Imperative zu reduzieren sei, darüber kann kein Unbefangener im Zweifel sein, dass überall da, wo das Recht

gebietet oder verbietet, ein „Sollen", keineswegs aber ein „Müssen" gegeben ist. Mit einem konsequenten Determinismus dagegen ist diese Tatsache völlig unvereinbar; dem Deterministen bleibt ihr gegenüber nichts anderes übrig, als das Sollen in ein Müssen umzudeuten und sich einen ganz neuen Begriff der „Pflicht" zu konstruieren. Tut er dies nicht, hält er vielmehr an den hergebrachten, allem bisherigen Rechte immanenten Begriffen des Sollens und der Pflicht fest, so denkt er in Wahrheit nicht mehr streng deterministisch. Anderseits aber sieht sich auch der strikte Determinismus zu dem Zugeständnis genötigt, dass das durch Recht herbeigeführte Müssen nur ein „regelmässiges", nicht ausnahmsloses sei, dass also der „Zwang", der das Wesen der Pflicht ausmache, nur in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wirke.

Der Widerspruch zwischen der deterministischen Konstruktion des Rechts und der tatsächlichen, aus der Erfahrung zu entnehmenden Natur desselben, wie er am schärfsten in dem letzterwähnten Zugeständnisse hervortritt, ist auch nicht etwa dadurch zu beseitigen, dass man sagt: streng genommen sei auch hier das Müssen ein ausnahmsloses, aber es trete natürlich nur ein, wo der Zwang des Rechts zugleich auf eine entsprechende Disposition des Charakters treffe. Wohl wird durch diese Wendung der Widerspruch verdeckt; aber genauer betrachtet erscheint er nur an eine andere Stelle verlegt. Setzt man nämlich voraus, dass die Imperative des Rechts — trotz der vorbezeichneten Erkenntnis, dass sie nur im Verein mit der entsprechenden Geistesdisposition der Adressaten zu wirken vermögen, — an schlechthin alle Rechtsgenossen sich richten, so unterstellt man dem Rechte einen Zweck, den es offenbar nicht erfüllen kann. Macht man hingegen Ernst mit der gedachten Einschränkung, nimmt man also wirklich an, dass vernünftigerweise als Adressaten nur solche Menschen gelten können, deren Charakter den Intentionen des Rechts wenigstens soweit entspricht, dass dadurch die Wirksamkeit seiner Normen gesichert ist, so bleibt nicht nur für alle Ewigkeit ungewiss, wer eigentlich zu deren Adressaten zu rechnen ist, sondern es ist auch gar nicht abzusehen, warum die Normen-Übertreter anders behandelt werden, als die Unzurechnungsfähigen; denn in der Tatsache der Normen-Übertretung liegt ja für sich allein schon der vom Standpunkte des

folgerichtigen Determinismus aus unanfechtbare Beweis, dass der Übertreter im fraglichen Falle die betreffende Norm gar nicht erfüllen konnte.

Aus diesem Dilemma rettet den Deterministen nur eine letzte, rücksichtslose Schlussfolgerung: das offene Leugnen jedes Zweckes, nicht bloss für das Recht, sondern für die Welt überhaupt; der entschlossene Verzicht auf jeden vernünftigen Zusammenhang in der gesetzmässigen Ordnung alles Geschehens. Wer es fertig bringt, sich auf diesen Standpunkt zu stellen, mit dem ist nicht mehr zu streiten. Zwar hat er darum noch immer kein Recht, die Annahme einer schlechthin allgemeinen, ausnahmslosen Gesetzmässigkeit alles Geschehens als eine denknotwendige hinzustellen; auch darf er sich durchaus nicht rühmen, durch jenen Verzicht auf jede teleologische Anschauung der Welt die allerorten hervortretenden Widersprüche erklären zu können. Wohl aber kann er sagen: Alle diese Widersprüche tangieren mich nicht; sie sind da und ich muss sie, wie alles andere, als notwendige Produkte eines allgemeinen gesetzmässigen Wirkens annehmen; und das genügt mir.

Doch nein, ich irre mich. Es gibt noch einen andern Ausweg, auch selbst für den Deterministen: Die von ihm theoretisch geleugnete Willensfreiheit macht es auch ihm praktisch möglich, die ihm unbequemen Konsequenzen seiner Grundanschauung abzulehnen und sich über die hierdurch entstehenden Widersprüche in seinen Gedankengängen stillschweigend oder mit allerhand Vorwänden hinwegzutäuschen. In der Tat wird nur durch den Hinblick auf diese auch in unseren Denkoperationen sich kundgebende Willensfreiheit die Tatsache verständlich, dass nicht allein die Meinungen verschiedener Menschen so mannigfach auseinandergehen, sondern sogar in ein und demselben Geiste geradezu sich widersprechende Urteile entstehen können. Nur wenn man zugibt, dass unserem Geiste innerhalb gewisser Grenzen die Fähigkeit innewohnt, die auf uns eindringenden Antriebe nach seinem eigenen Belieben entweder abzulehnen oder umgekehrt zum Motiv seiner Entschlüsse zu machen, hat auch — gegenüber der soeben berührten Tatsache — die gleichzeitige allgemeine Überzeugung von der Geltung logischer Gesetze oder gewisser unmittelbar evidenter

Grundwahrheiten einen vernünftigen Sinn. Dagegen ist eine Weltordnung, die auf der einen Seite uns die Überzeugung aufnötigt, dass es allgemeine Grundwahrheiten und damit beachtenswerte Bedingungen vernünftigen Denkens gebe, auf der andern Seite jeden Einzelnen mit gleicher gesetzmässiger Notwendigkeit zwingt, je nach seiner augenblicklichen Disposition bald übereinstimmend, bald abweichend zu denken, schwerlich noch als eine vernünftige zu begreifen.

8. Im Gegensatze zu dem fortdauernden lebhaften Streite über die Willensfreiheit zeigt die Wissenschaft der Gegenwart um so grössere, wenn auch mehr nur stillschweigende Übereinstimmung bezüglich der Aufstellung eines andern Erfordernisses der Zurechnungsfähigkeit: nämlich in Betreff des Vermögens des Handelnden, die tatsächlichen Folgen seiner Handlungen zu erkennen. Ja, man geht heute meist so weit, dass man dieses Vermögen als eine ganz selbstverständliche Bedingung aller Zurechnungsfähigkeit ansieht, als eine Eigenschaft, ohne welche von Zurechnungsfähigkeit gar keine Rede sein könnte.

Demgegenüber müssen wir zuvörderst immer wieder auf die Tatsache hinweisen, dass es zahlreiche positive Rechte gegeben hat und — wenigstens bei sogenannten Naturvölkern — noch jetzt gibt, welche auch Kindern, Wahnsinnigen, ja selbst Tieren ihr rechtswidriges Verhalten als ihr Unrecht, als ihre Schuld zurechnen, also der Sache nach eine Zurechnungsfähigkeit von Subjekten statuieren, denen jenes Vermögen, die tatsächlichen Folgen ihres Verhaltens zu erkennen, gar nicht oder doch nur sehr unvollkommen innewohnt. Daraus ergibt sich aber von selbst, dass dieses Vermögen keinesfalls als etwas schon im Begriffe der Zurechnungsfähigkeit Enthaltenes gelten kann.

Ebensowenig lässt sich behaupten, dass in unseren modernen Gesetzgebungen, speziell in unserer heutigen deutschen, eine unzweideutige allgemeine Sanktionierung des gedachten Erfordernisses erfolgt sei. Freilich, soweit ein Recht nur eine Verantwortlichkeit für vorsätzliche und fahrlässige Handlungen kennt, — und dies ist heute zweifellos die Regel, — da ist auch eine gewisse Fähigkeit des Handelnden, die jenen Handlungen charakteristischen Folgen zu erkennen, notwendig mit vorausgesetzt. Aber schon

diese Voraussetzung ist keineswegs dieselbe für die gedachten beiden Klassen von Handlungen. Nur mit dem Begriff der Fahrlässigkeit ist notwendig eine wesentlich gleiche, allgemeine Fähigkeit des Erkennens gefordert. Denn da bei der fahrlässigen Handlung dem Handelnden die Vorstellung von der eingetretenen Folge als einer zu erwartenden gefehlt haben muss, anderseits jedoch Voraussehbarkeit jener Folge — und zwar vom Standpunkte des Handelnden aus — Bedingung der Fahrlässigkeit ist, so kann natürlich nur eine gleichmässig und objektiv zu beurteilende Fähigkeit der Voraussicht in Betracht kommen. Dagegen setzt der „Vorsatz" zwar unbedingt die Vorstellung von der vorgesetzten Folge und damit zugleich die Fähigkeit zu solcher Folge-Vorstellung voraus, aber dieses Vermögen einer rein subjektiven Erkenntnis reicht auch für des Zustandekommen eines entsprechenden Vorsatzes aus. Dass hierzu auch noch ein Vermögen richtiger Folge-Beurteilung treten müsste, dafür bietet unser positives Recht um so weniger Anhalt, je entschiedener bei der Schuldzurechnung der Nachdruck auf dem Vorsatze als solchem, nicht auf dem eingetretenen Erfolge liegt.

Und wie steht nun vollends die Sache in jenen auch in der modernen Gesetzgebung nicht gänzlich fehlenden Fällen, in denen ein Gesetz ausnahmsweise eine rechtswidrige Handlung selbst dann mit Strafe, wenn auch vielleicht nur mit Ordnungsstrafe bedroht, wenn sie weder mit Vorsatz, noch in Fahrlässigkeit vorgenommen ist?[22]) Wie gering man auch die praktische Bedeutung dieser

[22]) Unter diese Kategorie gehören namentlich einzelne Vorschriften in sogenannten Nebenstrafgesetzen, z. B. im Vereinszollgesetz, Branntweinsteuergesetz usw. Man pflegt hier von einer Strafe ohne Schuld zu sprechen. Nach unserer Auffassung liegt dagegen vielmehr eine Schuldzurechnung ausschliesslich nach dem Erfolge vor. Die bessere Berechtigung der letzteren Auffassung ergibt sich, abgesehen von den prinzipiellen in § 40 dargelegten Gründen, insbesondere aus einer unbefangenen Betrachtung derjenigen Strafsatzungen, die ein vorsätzliches Unrechthandeln mit Rücksicht auf einen dadurch herbeigeführten, aber nicht beabsichtigten Erfolg schlechtweg mit einer höheren Strafe bedrohen; denn auch hier von einem unverschuldeten Erfolge zu reden, ist entschieden gegen den Sinn des Gesetzes. Wir kommen auf diesen Punkt in § 43 zurück. An dieser Stelle ist nur hervorzuheben, dass gerade diese Fälle für unsere gegenwärtige Erörterung nicht in Betracht kommen. So

Frage anschlagen mag, da man die fragliche Fähigkeit meist nur solchen Personen völlig absprechen wird, die unter die ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 51, 55 oder 56 des Strafgesetzbuches fallen, so schwer dürfte es sein, eine durchaus befriedigende Antwort aus unserer Gesetzgebung heraus zu geben. Jedenfalls darf aus den Vorschriften des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches über Geistesgestörte und Bewusstlose, Kinder und jugendliche Personen kein Analogie-Schluss gezogen werden auf Fälle, in denen das Gesetz gar kein Gewicht legt auf die innere Beteiligung des Täters und deshalb sogar die Straflosigkeit jener durch die allgemeinen Bestimmungen ausdrücklich als unzurechnungsfähig Bezeichneten eine Anomalie darstellt.

9. Von dem in Nr. 8 besprochenen Vermögen ist endlich wohl zu unterscheiden die Fähigkeit des Handelnden, die Rechtswidrigkeit seines Handelns zu erkennen.

Zwar gilt von dieser dritten möglichen Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit teilweise das gleiche, wie von dem Vermögen, die tatsächlichen Folgen einer Handlung zu erkennen. Auch sie ist nicht schon in dem Begriffe der Zurechnungsfähigkeit mit enthalten. Auch sie ist nicht allgemeinhin durch unsere neueren Gesetzgebungen anerkannt.

Um so bestrittener jedoch — und zwar nicht bloss im Hinblick auf einige Sonderbestimmungen, sondern auch in Beziehung auf alle möglichen Arten dolosen und culposen Handelns — ist die Frage, ob das Unvermögen, die Rechtswidrigkeit des eigenen Handelns zu erkennen, nur bei den vom Strafgesetzbuche (§§ 56 und 58) speziell gekennzeichneten Personen-Kategorien als Ausschliessungsgrund der Zurechnungsfähigkeit zu gelten habe oder auch für andere Personen dergestalt, dass jugendliche Personen und Taubstumme nur als hervorragende, ein für allemal der Prüfung bedürftige Beispiele möglicher Unzurechnungsfähigkeit wegen Unvermögens, Unrecht als Unrecht zu erkennen, anzusehen wären. Wer schon bei dem blossen Irrtum über die Normwidrigkeit einer

---

gewiss sie von der individuellen Fähigkeit der Voraussicht bezüglich der unbeabsichtigt herbeigeführten schwereren Folge völlig abstrahieren, so gewiss setzen sie doch dasjenige Vermögen der Erkenntnis voraus, ohne welches die betreffende vorsätzliche Unrechthandlung nicht gedacht werden kann.

gewissen Handlung keinen Dolus annehmen will, der kann natürlich nicht zweifeln, dass die vorstehende Frage in der zweiten angegebenen Richtung zu beantworten ist. Aber vom Boden der bestehenden Gesetze aus ist die Auffassung des Rechtsirrtums als eines mehr oder weniger allgemeinen Schuldausschliessungsgrundes, wie wir später noch zeigen werden, schwerlich zu rechtfertigen und auch die Gesetzgebung der Zukunft wird in dieser Hinsicht sehr vorsichtig sein müssen. Anderseits ist damit, dass wir jene Ansicht von der Bedeutung des Rechtsirrtums verwerfen, noch keineswegs gesagt, dass auch die habituelle Unfähigkeit eines Menschen, die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen zu erkennen, für die Schuldzurechnung — genauer: für die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit — irrelevant sei. Dass dies nicht die Meinung unseres deutschen Strafgesetzbuches ist, beweisen deutlich genug die §§ 56 und 58. Allein die analoge Ausdehnung dieser für zwei ganz spezielle Personenklassen aufgestellten Bestimmungen unterliegt doch wieder sehr erheblichen Bedenken, zumal sie an den Motiven zum Entwurf des Strafgesetzbuches und den Verhandlungen des Norddeutschen Reichstages von 1869 durchaus keine Unterstützung findet. Erst die zu erwartende Revision des Strafgesetzbuches wird hier hoffentlich grössere Klarheit und Sicherheit, namentlich auch bezüglich des sogen. moralischen Irrsinns bringen.

10. In den vorausgehenden Erörterungen (Nr. 3, 8, 9) ist bereits wiederholt darauf hingedeutet worden, dass unser positives Recht, statt die Bedingungen der Zurechnungsfähigkeit allgemeinhin festzustellen, sich regelmässig damit begnügt, gewisse Gründe der Unzurechnungsfähigkeit ausdrücklich herauszuheben. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass diese Erscheinung wesentlich auf praktische Erwägungen, insbesondere auf die Schwierigkeit zurückzuführen ist, bezüglich der allgemeinen positiven Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit zu einer Einigung zu gelangen. Aber wenn man dies vergisst und sich ausschliesslich an die formale Behandlung der Zurechnungsfähigkeit seitens unserer Gesetzgebungen hält, so liegt es nahe, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit selbst als einen rein negativen zu fassen: nämlich als Nicht-behaftet-sein mit Mängeln, welche nach dem Gesetze Unzurechnungsfähigkeit begründen.

Von diesem Standpunkte aus wird die Abneigung begreiflich, welche unsere meisten Kriminalisten wider die Annahme einer „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ hegen. Innerhalb eines rein negativen Begriffs kann es in der Tat keine Abstufung nach Graden geben; eine solche ist immer nur möglich auf Grund einer bestimmten positiven Gleichartigkeit.

Gehen wir dagegen aus von unserer in Nr. 1 gegebenen Definition, wonach „Zurechnungsfähigkeit“ vielmehr den Besitz aller derjenigen persönlichen Eigenschaften bedeutet, von welchen die Zulässigkeit jeder Schuldzurechnung abhängt — und für diese positive Begriffsbestimmung spricht schon die Bildung der Worte „Zurechnungsfähigkeit“ und „Unzurechnungsfähigkeit“ —, so gelangen wir zu einem ganz anderen Resultate. Dass die fraglichen Eigenschaften tatsächlich in bald mehr, bald minder vollkommenem Maasse vorkommen, gelegentlich bis zum nahezu völligen Verschwinden der einen oder anderen, leugnet im Grunde kein Mensch. Damit ist aber der Gesetzgebung zweifellos die Möglichkeit gegeben, auch entsprechend verschiedene Grade der Zurechnungsfähigkeit zu statuieren. In gewisser Weise dürfen wir eine solche Absicht selbst bei unserer bisherigen Gesetzgebung schon voraussetzen: mit der Aufstellung umfassenderer Strafrahmen ist sicherlich auch der Zweck verbunden gewesen, der ausserordentlichen Verschiedenheit der Individualitäten und damit auch der die Zurechnungsfähigkeit begründenden Eigenschaften möglichst gerecht zu werden. Die Frage ist nur, ob dieser Zweck auch da noch erreicht wird, wo schon das Strafminimum verhältnismässig hoch ist; ganz zu schweigen von den — heute ziemlich vereinzelten — Fällen, in denen das Gesetz nur eine absolute Strafbestimmung kennt. Gegen die völlige Beseitigung der hohen Strafminima bestehen nun aber sehr gewichtige kriminalpolitische Gründe; mancherlei Erfahrungen aus unserer Strafrechtspflege würden die allgemeine Einführung ganz niedriger Strafminima — auch für die schwersten Verbrechen — als höchst bedenklich erscheinen lassen. Anderseits sind die hohen Strafminima, ebenso wie die absoluten Strafsatzungen nach unseren heutigen allgemeinen Anschauungen über die „Schuld“ nur zu rechtfertigen, wenn man bei dem zu Bestrafenden mindestens ein gewisses Durchschnittsmaass von

jenen Fähigkeiten voraussetzt, an deren Vorhandensein im allgemeinen der Begriff der Zurechnungsfähigkeit geknüpft ist: d. h. dasjenige Maass jener Fähigkeiten, das sich bei der ganz überwiegenden Mehrzahl erwachsener und geistesgesunder Menschen beobachten und demgemäss auch bei dem Einzelnen im Zweifel vermuten lässt. Entschieden zu hoch und darum ungerechtfertigt erscheinen sie dagegen, wo die betreffenden Fähigkeiten bei den zu beurteilenden Personen zwar nicht gänzlich fehlen, also auch nicht kurzweg Unzurechnungsfähigkeit angenommen werden darf, aber doch bloss in einem ungewöhnlich geringen Grade vorhanden sind, also das vorerwähnte Durchschnittsmaass nicht erreichen. Und eben diese letztgedachte, zeitweilige oder länger andauernde, geistige Verfassung findet — von unserer positiven Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit aus betrachtet — ihren durchaus korrekten Ausdruck in der Annahme einer „verminderten Zurechnungsfähigkeit", zu welcher den klaren Gegensatz bildet die mittlere oder reguläre, d. h. jenem vorerwähnten Durchschnittsmaasse entsprechende und darum im allgemeinen bei der rechtlichen Beurteilung von Handlungen geistesgesunder Erwachsener zu präsumierende Zurechnungsfähigkeit. Die betreffenden Personen selbst würden dann am einfachsten und kürzesten als „Minderzurechnungsfähige" zu bezeichnen sein.

Im übrigen dürfte es sehr schwer sein, eine auch nur einigermaassen gleich-zutreffende Bezeichnung für „verminderte Zurechnungsfähigkeit" und entsprechend für „minderzurechnungsfähige" Personen ausfindig zu machen. Dass man in allen dahin gehörigen Fällen auch von einer „verminderten Zurechenbarkeit" reden kann, versteht sich von selbst. Allein unter den letzteren Begriff fallen auch noch eine ganze Reihe anderer Gründe, aus denen eine Handlung dem Handelnden nicht als Unrecht zugerechnet werden kann; gar nicht davon zu reden, dass als „zurechenbar" immer nur die „Handlung" gekennzeichnet werden kann, nicht die handelnde „Person". Ebensowenig vermag ich mich zu erwärmen für die neuerdings öfters vorgeschlagene Titulatur der hier uns interessierenden Personen als geistig „Minderwertiger". Ein Urteil über den grösseren oder geringeren Wert einer Person zu fällen, ist überhaupt nicht Sache des Rechts. Und was noch schlimmer

ist, die vorgeschlagene Wertabschätzung ist als solche entschieden verwerflich. So gewiss es widersinnig wäre, Kinder, Geisteskranke oder gar Schlafende als „Personen ohne Wert“ zu charakterisieren, so gewiss ist es auch unzulässig, Personen, deren geistiges Vermögen — vorübergehend oder dauernd — so geschwächt ist, dass es nicht mehr das mittlere Durchschnittsmaass erreicht, kurzweg als „minderwertig“ zu prädizieren.[23])

§ 42.

Als mögliche Gründe der Schuldzurechnung selbst — teils für die Rechtsbildung, teils für die Rechtsanwendung — kommen hauptsächlich in Betracht:

I. Inhalt und Wert einerseits der übertretenen Rechtsnormen, anderseits der verletzten konkreten Rechtsansprüche, sowie insbesondere der durch die rechtswidrige Handlung betroffenen konkreten Rechtsobjekte;

II. die verschiedenartige äussere Gestaltung des rechtswidrigen Tuns und Unterlassens, namentlich auch die Bedeutung des Erfolgs;

III. die innere Stellung des Handelnden zu seinem äussern Verhalten (s. unten § 43).

1. Nach der in § 40 gegebenen Begriffsbestimmung des schuldbaren Unrechts kann von „Schuld“ und „Schuldzurechnung“ streng genommen nur die Rede sein in Bezug auf je einen bestimmten, konkreten Unrechtsfall. Und zwar verstehen wir

---

[23]) Mit den letzteren Bemerkungen beabsichtige ich selbstverständlich nicht, in der Sache selbst diejenigen zu bekämpfen, die sich jenes mir unsympathischen Ausdrucks bedienen. Im Gegenteil, ich erkenne gern an, dass die neuerdings „über die Behandlung der geistig Minderwertigen“ gepflogenen Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages nebst den ihnen vorausgegangenen Gutachten und sonstigen Schriften die grösste Beachtung verdienen, — namentlich auch bezüglich der (neben der Modifikation des Strafrechts) für notwendig erklärten Herbeiführung anderweitiger Sicherheitsmaassregeln gegen solche Minderzurechnungsfähige, die als gemeingefährlich betrachtet werden müssen. Näher auf diese Dinge einzugehen, ist jedoch hier nicht der Ort.

alsdann unter der „Schuldzurechnung im weitern Sinne“ jede Feststellung einer Schuld nach Art und Maass; natürlich, sofern es sich um Schuld im juristischen Sinne handelt, in Gemässheit der Vorschriften irgend eines positiven Rechts. In einem noch engern Sinne dagegen bezeichnen wir als Schuldzurechnung — genauer: als formelle Schuldzurechnung — nur diejenige, welche erfolgt zu einem rechtlich geforderten Zwecke und von einem rechtlich berufenen Subjekte.

Allerdings darf man die letztere Einschränkung nicht übertreiben. Es liegt nahe, bei dem rechtlich geforderten Zweck speziell an die Bestrafung und bei dem Hinweis auf die zur Schuldzurechnung berufenen Subjekte ausschliesslich an den Richter zu denken. Und um sich den Vorgang der formellen Schuldzurechnung recht anschaulich zu machen, mag es sogar vorteilhaft sein, jene beiden Voraussetzungen so ganz konkret zu fassen, zumal es keinem Zweifel unterliegen kann, dass die Aufgaben der Schuldzurechnung bei der Verfolgung des Strafzwecks und insbesondere wieder im Hinblick auf den Richterberuf am umfassendsten und klarsten sich herausstellen lassen. Allein darüber darf doch nicht vergessen werden, dass eine Schuldzurechnung im engern Sinne auch noch für andere Rechtszwecke und andere hierzu berufene Personen in Frage kommt. Im Grunde genommen setzt jede Entscheidung über eine Unrechts-Folge, z. B. über Schadenersatzpflicht, über ein Rücktrittsrecht wegen Pflichtversäumnis des Gegenparts usw., eine bestimmte Art von formeller Schuldzurechnung voraus. Und zu einer gewissen Mitwirkung an der Schuldzurechnung berufen — wenn auch nicht zur formellen Entscheidung darüber — sind auch mancherlei nicht-richterliche Personen, vor allem die Prozessparteien und die Sachverständigen.

Fraglicher mag es erscheinen, ob es angemessen ist, die Schuldzurechnung im weitern Sinne gelegentlich — wenigstens scheinbar — über die Beurteilung eines konkreten Einzelfalles hinaus auf bloss im Gedanken konstruierte, mehr oder weniger abstrakt gefasste Tatbestände auszudehnen und demgemäss sogar von einer Schuldzurechnung durch das Recht selbst zu reden. Korrekter ist es gewiss, statt dessen zu sagen: das Recht wolle oder fordere unter den und den Voraussetzungen eine bestimmte

Art von Schuldzurechnung. Denn die Aufgabe der bezüglichen Rechtsnormen ist sicherlich nicht, unmittelbar Schuld zuzurechnen, sondern immer nur die Richtschnur zu bilden für eine künftige Schuldzurechnung im engern Sinne. Allein richtig verstanden, als eine abkürzende Redeweise, ist die Formel von der Schuldzurechnung durch das Recht oder noch allgemeiner von einer Wertung des Unrechts durch das Recht immerhin zu rechtfertigen.

2. Es wird hiernach auch keiner längeren Verteidigung bedürfen, wenn wir die oben unter I—III aufgeführten Dinge als „mögliche Gründe der Schuldzurechnung teils für die Rechtsbildung, teils für die Rechtsanwendung" bezeichnen. Was hiermit gemeint ist, liegt auf der Hand: Es soll damit von vornherein darauf hingewiesen werden, dass alle die Momente, welche als Gründe für die Aufstellung von Rechtsvorschriften *über* die Schuldzurechnung sich denken lassen, ebenso auch *für* die formelle Schuldzurechnung auf Grund eines gegebenen positiven Rechts in Betracht kommen *können*, und umgekehrt.

Ich betone scharf das „können". Es fällt mir natürlich nicht ein zu behaupten, dass diese Gründe notwendig oder auch nur regelmässig in dieser doppelten Richtung zugleich wirksam werden müssten. Im Gegenteil; ich möchte beinahe annehmen, dass ihre direkte Berücksichtigung bei der Bildung bestimmter Rechtsvorschriften über Schuldzurechnung im *umgekehrten* Verhältnisse steht zu derjenigen Berücksichtigung, welche das betreffende positive Recht bei der formellen Schuldzurechnung fordert, ja auch nur erlaubt. Wo ein Recht für ein gewisses Unrecht eine absolut bestimmte Rechtsfolge, z. B. eine absolut bestimmte Strafe anordnet, da gibt es hiermit unzweideutig zu verstehen, dass alle für die Schuldzurechnung zu beachtenden Gründe bereits bei der (in der fraglichen Rechtssatzung vorgenommenen) Formulierung des Tatbestandes insoweit berücksichtigt sind, als es solche berücksichtigt sehen will; die formelle Schuldzurechnung besteht also hier ausschliesslich in der ausdrücklichen Feststellung der Tatsache, dass ein konkretes Tun oder Unterlassen unter den gesetzlichen Tatbestand fällt. Wo dagegen das Recht eine bloss relativ bestimmte oder gar völlig arbiträre Vorschrift für die Feststellung der Unrechtsfolge aufstellt, da ist mit der Konstatierung des

bezüglichen Tatbestandes höchstens die Art der Schuld gekennzeichnet; bezüglich des Maasses dagegen ist nicht bloss dem Richter die Möglichkeit gegeben, die mannigfachsten Gründe hierfür zu berücksichtigen, sondern es ist meist geradezu anzunehmen, dass das betreffende Recht eine solche Berücksichtigung verlangt. Eine Ausnahme tritt nur ein, sofern der eine oder andere Grund geradezu im Widerspruch stehen würde mit den nachweisbaren Intentionen des Gesetzes.

3. Bevor wir uns der näheren Betrachtung der im Eingang angeführten Schuld-Gründe zuwenden, ist es vielleicht nicht ganz überflüssig, noch eine kurze Zwischenbemerkung einzuschalten darüber, was wir unter „Art und Maass der Schuld" verstehen.

Von einer bestimmten Art oder Qualität der Schuld reden wir, sofern wir das einem bestimmten Subjekte zuzurechnende Unrecht unter einen allgemeineren Begriff subsumieren. Die Gesetzgebung, soweit sie nicht bloss an älteres Recht anknüpft, muss sich diese allgemeineren Begriffe erst schaffen; sie tut es im Anschluss an alle möglichen Arten des Unrechts im weitern Sinne (§ 39), wenngleich mit mannigfachen Modifikationen. Für die formelle Schuldzurechnung dagegen sind jene allgemeineren Begriffe aus dem geltenden Rechte zu entnehmen: Jeder gesetzliche Tatbestand, an den eine Unrechtsfolge geknüpft ist, stellt auch eine Schuld-Art dar; ausserdem aber kann man auch eine grössere oder geringere Zahl solcher Einzel-Schuldarten unter einem höheren Begriff — als Schuld-Gattung oder -Gruppe — zusammenfassen, ja sogar das gesamte schuldbare Unrecht nach verschiedenen Gesichtspunkten, z. B. in doloses und culposes Tun oder Unterlassen scheiden.

Als Maass der Schuld bezeichnen wir im Gegensatze hierzu jede Abstufung des Wertes oder, wenn man lieber will, der Schwere innerhalb einer Schuld-Art oder auch Schuld-Gattung. Freilich fehlt es uns an einem spezifischen Maassstabe für die Schuldabmessung. Die Schuldgründe sind allzu mannigfaltig und nicht streng untereinander vergleichbar; und auch selbst bei Beschränkung auf einen einzelnen, der Art nach bestimmten Schuldgrund würde es vergebliche Mühe sein, nach dem Minimum von Schuld — als Schuld-Einheit — zu suchen und mit dessen Hülfe dann die Schwere

der im konkreten Falle vorliegenden Schuld oder auch nur die relative Schwere einer bezüglichen Schuld-Art mathematisch genau bestimmen zu wollen. Anderseits liegt jedoch ebenso klar am Tage die Notwendigkeit, nicht nur im allgemeinen eine sehr verschiedene Schwere der Schuld anzuerkennen, sondern auch dieser Tatsache praktisch — teils schon bei der Anordnung der verschiedenen Unrechtsfolgen, namentlich im Hinblick auf Strafart und Strafmaass, teils bei der richterlichen Feststellung einer konkreten Unrechtsfolge, insbesondere einer bestimmten Strafe — in mehr oder weniger ausgedehntem Maasse Rechnung zu tragen. Es wird daher auf diesem Gebiete zu allen Zeiten dem subjektiven Gefühle des Gesetzgebers und Richters eine hervorragende Rolle beschieden bleiben.

4. Was wir oben unter I—III als Gründe der Schuldzurechnung aufgeführt haben, sind natürlich nicht Einzel-Gründe, sondern, genauer betrachtet, ganze, mehr oder weniger umfassende Gruppen von Gründen. Bei I tritt dies schon in der äusseren Fassung hervor: haben wir hier doch nebeneinander die übertretenen Rechtsnormen, die verletzten Rechtsansprüche und auch noch die Objekte der letzteren genannt und ausserdem zwischen Inhalt und Wert, sowohl bei den Rechtsnormen, als bei den Rechtsansprüchen unterschieden.

Sehen wir nun näher zu, so können wir die Bedeutung der unter I zusammengefassten Momente vom Standpunkte moderner Anschauung aus kurz dahin formulieren, dass Inhalt und Wert der übertretenen primären Rechtsnormen hauptsächlich, ja vielleicht ausschliesslich, für die Rechtsbildung, insbesondere für die Androhung entsprechender Unrechtsfolgen maassgebend erscheinen, während Inhalt und Wert der konkreten Rechtsansprüche, soweit solche nicht schon in den sie bestimmenden Normen zur Geltung gelangt sind, desgleichen die konkreten Objekte dieser Rechtsansprüche und ihr besonderer Wert erst bei der formellen Schuldzurechnung in Betracht kommen. Und zwar ist der Inhalt der fraglichen verletzten Normen und Ansprüche bezw. der qualitative Charakter des betroffenen konkreten Objekts wesentlich entscheidend für die Bestimmung der Schuld-Art, der verschiedene Wert der genannten Dinge dagegen für die Feststellung des Schuld-Maasses

als der stillschweigenden Voraussetzung einerseits der Auswahl der Unrechtsfolgen durch den Gesetzgeber, anderseits der Abmessung der Strafen oder anderer Unrechtsfolgen innerhalb des gesetzlichen Rahmens.

Wir haben indessen durch den Zusatz „vom Standpunkte moderner Anschauung aus" bereits angedeutet, dass zu anderen Zeiten und bei anderen Völkern sich sehr abweichende Beobachtungen machen lassen. Einmal zeigt uns die Geschichte nicht wenige Rechte, die — wie beispielsweise zahlreiche deutsche Volksrechte — äusserst detaillierte Tatbestände strafbarer Handlungen aufstellen, indem sie eine genau bestimmte Strafe festsetzen nicht nur für die Übertretung einer bestimmten primären Norm, sondern unter sofortiger Berücksichtigung von Art und Wert des konkreten Objekts; für die Rechtsanwendung bleibt dann natürlich, wie wir schon in Nr. 2 bemerkten, nur die Konstatierung des besonderen gesetzlichen Tatbestandes und die formelle Zuerkennung der gesetzlichen Unrechtsfolge übrig. Auf der anderen Seite kann es auch geschehen, namentlich wo eine Rechtsordnung ein und dasselbe Subjekt gleichzeitig als Gesetzgeber und Richter kennt, dass die Bestimmung über Art und Maass der Unrechtsfolgen in Bezug auf alle möglichen Zuwiderhandlungen wider irgendwelche primäre Normen oder doch für ganze grosse Gruppen derselben in das arbiträre Ermessen des Richters verstellt wird.

Aber auch für unsere modernen Rechte gilt die aufgestellte Regel nicht ohne Ausnahme. Namentlich lassen sich darin ebenfalls mancherlei Strafsatzungen nachweisen, in welchen der Gesetzgeber Anlass genommen hat, innerhalb ein und derselben Art von Normen-Übertretungen verschiedene Unrechtstatbestände mit verschiedener Strafandrohung ausschliesslich im Hinblick auf den besonderen Wert einer gewissen Klasse der dabei in Betracht kommenden Rechtsobjekte zu konstruieren. Wir erinnern zuvörderst an den Mordversuch am Kaiser oder Landesherrn, der ausschliesslich um der eigentümlichen Qualifikation des Objektes willen in § 80 des Str. G. B. zum Hochverratsdelikt erhoben und gleichmässig, ohne dass eine weitere Schuldabmessung zugelassen würde, für todeswürdig erklärt ist. Nicht minder jedoch gehören hierher die Vorschriften über bestimmte schwere Körperverletzungen (§ 224 f.),

über qualifizierte Sachbeschädigung (§ 304 f.) u. a.; nur dass in den letztberührten Fällen dem Richter die Möglichkeit geboten ist, nicht nur allen möglichen anderen Gründen der Schuldzurechnung, sondern speziell auch noch dem besonderen Werte des betroffenen konkreten Objekts — im Gegensatze zu der im Gesetz bezeichneten Objekts-Art — gerecht zu werden. Umgekehrt fehlt es selbst in unserm heutigen Rechte nicht an Bestimmungen, durch welche dem Richter sogar die genauere Wertung der übertretenen Rechtsnormen überlassen wird. Insbesondere dürfte es angezeigt sein, die in Spezialgesetzen enthaltenen Strafbestimmungen auf diesen Gesichtspunkt hin zu prüfen, da diese sich öfters mehr oder weniger allgemein auf Übertretungen der in demselben Gesetze aufgestellten primären Normen beziehen. Und selbst im Strafgesetzbuche finden sich mancherlei zusammenfassende Strafvorschriften, bei denen sich die Frage aufwerfen lässt, ob die verschiedenen hierbei als übertreten vorausgesetzten primären Normen völlig gleich zu werten sind; freilich begründet hier schon die Tatsache der Zusammenfassung in Einer Strafsatzung eine gewisse Vermutung für den Willen des Gesetzgebers, dass die mehreren vorausgesetzten primären Normen als gleichwertig angesehen werden sollen.

5. Von den zuletzt berührten Strafsatzungen, in denen für die Übertretung verschiedener primärer Normen im allgemeinen die gleiche Rechtsfolge angeordnet wird, sind begrifflich streng zu trennen diejenigen, welche zwar — genauer betrachtet — nur Übertretungen Einer primären Norm im Auge haben, aber innerhalb dieses Rahmens mehrere besonders charakterisierte, nach Art und Grad des bezüglichen äusseren Verhaltens verschieden gestaltete Tatbestände unterscheiden. Wohl ist es schwierig, ja, bisweilen geradezu unmöglich, mit voller Sicherheit zu sagen, ob eine bestimmte Rechtsvorschrift zu der einen oder der anderen Gruppe gehört: darum nämlich, weil sich über die Formulierung der primären Norm, wo sie ausschliesslich auf Grund der von ihrer Übertretung handelnden sekundären Normen erfolgt, nicht selten streiten lässt. Allein derartige Hemmnisse für die Durchführung im Detail sind natürlich kein Beweis gegen die wissenschaftliche Berechtigung oder logische Notwendigkeit der Unterscheidung an

sich. Auch ist diese Unterscheidung keineswegs ohne eine gewisse praktische Bedeutung: Vor allem tritt an die Stelle der in Nr. 4 a. E. erwähnten Vermutung, dass der Gesetzgeber die mehreren Normen, deren Übertretung er in Einer Strafsatzung mit Strafe bedroht, als gleichwertig ansieht, in dem zweiten Falle die gerade umgekehrte, dass er innerhalb der Übertretungen Einer primären Norm verschiedene Arten oder Grade der Übertretung, d. h. des bezüglichen tatsächlichen Verhaltens voraussetzt und seitens des Richters entsprechend berücksichtigt wissen will. Wenn z. B. Str. G. B. § 303 zwischen Beschädigung und Zerstörung fremder Sachen und § 305 sogar zwischen gänzlicher und teilweiser Zerstörung bestimmter Gegenstände unterscheidet, so geht das Gesetz sicherlich nicht von der Voraussetzung eines besonderen Verbots der Sachzerstörung neben dem der Sachbeschädigung oder gar von der Annahme zweier Verbote bezüglich der Sachzerstörung aus; wohl aber liegt in der betreffenden Nebeneinanderstellung ein Hinweis teils auf die hervorragende Bedeutung einer besonderen Art oder Form der Sachbeschädigung, teils auf die Verschiedenheit des Maasses, in welchem eine solche denkbar ist. Dass aber hiermit auch verschiedene Arten und Grade der Schuld gegeben sind, und zwar sowohl im Hinblick auf die beabsichtigte Sachbeschädigung (worüber später), als auch bloss vom Gesichtspunkte der tatsächlich erfolgten Beschädigung aus, liegt auf der Hand.

Die Verschiedenheit in der äusseren Gestaltung der rechtswidrigen Handlungen kann aber auch soweit gehen, dass schon die Gesetzgebung Anlass findet, im Anschluss daran besondere schwerere Schuld- oder Unrechtsarten — innerhalb der Übertretungen Einer primären Norm — zu konstituieren. Eine hervorragende Rolle spielt in dieser Beziehung die Gefährlichkeit des Mittels, dessen sich der Handelnde zur Herbeiführung des von ihm erstrebten rechtswidrigen Erfolgs bedient. So ist das in § 229 des Str. G. B. behandelte Vergiftungsdelikt offenbar nichts anders als eine eigentümlich qualifizierte Art der Körperverletzung, bei welcher der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Bedenklichkeit des Mittels sogar auf eine grundsätzliche Scheidung zwischen Versuch und Vollendung der beabsichtigten Gesundheitsschädigung verzichtet hat.

In den letzten Sätzen ist bereits beiläufig auf dasjenige zur Charakteristik des rechtswidrigen „äusseren Verhaltens“ gehörige Moment hingedeutet, das sowohl vom Gesetzgeber wie vom Richter die allgemeinste Beachtung bei der Schuldzurechnung fordert: auf die Bedeutung des Erfolgs. Für das Gebiet des Privatrechts ist diese Bedeutung zu allen Zeiten, sogar ziemlich gleichmässig, anerkannt worden. Um so auffälligere Wandelungen weist in dieser Hinsicht die Geschichte des Strafrechts auf. Während in der Kindheitsperiode der Völker der Erfolg der Handlung den nahezu ausschliesslichen Maassstab der Schuldzurechnung bildet, tritt er im Laufe der Entwickelung mehr oder minder zurück vor anderen, namentlich den erst in § 43 näher zu erörternden Gesichtspunkten. Und fast sieht es aus, als wenn sich diese Entwickelung noch einmal in eigentümlicher Weise innerhalb unserer neuesten Rechtsgeschichte wiederholen wollte. Das heutige deutsche Strafrecht würdigt das Gewicht des Erfolgs — abgesehen von der Freiheit, die es dem Richter in dieser Beziehung lässt — noch besonders in zwiefacher, höchst markanter Weise: einmal durch die konsequente Zugutschreibung des Nicht-Eintritts (beim Versuche), andernteils durch die hohe Einschätzung gewisser nichtgewollter Erfolge (wo solche aus einem anderen dolosen Vergehen hervorgegangen sind). In unserer deutschen Juristenwelt dagegen — und vielleicht noch mehr in der des Auslandes — besteht gegenwärtig eine sehr starke Strömung in der zwiefachen entgegengesetzten Richtung. Nach meinem persönlichen Empfinden geht diese Strömung zum Teil schon bedenklich weit. Die erwähnten beiden Streitpunkte hängen jedoch so eng zusammen mit der Anschauung, die man betreffs der inneren Stellung des Handelnden zu seiner Tat und deren Bedeutung für die Schuldzurechnung hegt, dass ich mir das, was ich hierüber etwa noch sagen möchte, lieber für den nächsten Paragraphen aufspare. Nur das Eine will ich hier noch — in Wiederholung des § 40, Nr. 4 a. E. Bemerkten — betonen, dass es sich bei jenem Streite, streng genommen, überhaupt nicht um eine Aufgabe der juristischen Prinzipienlehre handelt, sondern vielmehr um eine Frage des sittlichen Gemeingefühls oder, genauer gesagt, darum, was für eine Auffassung der fraglichen Punkte dem sittlichen Bewusstsein unseres Volkes und unserer Zeit am meisten entspricht.

§ 43.

So geringfügig der Einfluss auf die Schuldzurechnung erscheinen mag, der dem Wissen und Wollen des Handelnden in den frühesten Perioden der Rechtsgeschichte eingeräumt ist, so bedeutsam wird die Rücksichtnahme auf ein bestimmtes inneres Verhalten im weitern Gange der Rechtsentwickelung. Es zeigt sich dies hauptsächlich:

in der Unterscheidung zwischen schuldhaftem und nicht-schuldhaftem Unrecht;

in der Unterscheidung zwischen dolosen und culposen Delikten, sowie in dem fortschreitenden Bestreben der Wissenschaft und Praxis, noch weitere Unterscheidungen innerhalb oder Zwischenstufen zwischen gewolltem und nicht-gewolltem Unrecht aufzustellen;

in der Beurteilung des Irrtums über wesentliche tatsächliche oder rechtliche Momente;

in der weitgehenden Berücksichtigung teils bestimmter besonderer Zwecke oder Motive, teils überhaupt der Gesinnung des Handelnden;

in der umfassenden Anrechnung blosser Versuchshandlungen;

in der Behandlung der Teilnahme an fremden Verbrechen.

1. Wir haben bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass das Prinzip der reinen Erfolgshaftung nicht, wie dies gewöhnlich zu geschehen pflegt, als ein dem Verschuldungsprinzip widerstrebendes, sondern vielmehr als eine Art der Schuldzurechnung selbst aufzufassen sei. Darin liegt keineswegs die Annahme einer Schuld ohne die Voraussetzung einer bestimmten inneren Stellung des Schuldigen. Im Gegenteil: Gleichwie eine Bestrafung von Tieren oder gar von (nach unserer Ansicht) leblosen Gegenständen nur verständlich wird vom Standpunkte einer animistischen Naturanschauung, so ist auch das Prinzip der reinen Erfolgshaftung bei menschlichen Handlungen sicherlich nicht — oder wenigstens nicht bloss — zurückzuführen auf die Wertschätzung des Erfolgs und überhaupt des äusseren Verhaltens an sich, sondern wesentlich

auf die im Leben jedes Kindes wiederkehrende naive Weltanschauung, nach welcher das äussere Verhalten eines Menschen einschliesslich des Erfolgs seiner Handlungen die für sich allein schon zureichende — ja sogar durch nichts anderes zu ersetzende — Offenbarung seines inneren Charakters ist.

Ein gewisser Nachklang dieser Anschauung, vermittelt durch die Jahrhunderte lang herrschende Doktrin von der „Zurechnung des Erfolgs zum Dolus", hat sich sogar bis auf den heutigen Tag erhalten; nämlich in denjenigen Bestimmungen unserer Strafgesetzgebung, nach welchen ein doloses Vergehen mit Rücksicht auf den dadurch verursachten, aber nicht-gewollten Erfolg erheblich schwerere Strafe nach sich ziehen soll, als dies gemäss den allgemeinen Grundsätzen über ideale oder selbst über reale Verbrechenskonkurrenz der Fall sein würde.[1]) Sehr begreiflich daher, dass gerade diese Bestimmungen neuerdings öfters angefochten worden sind. Indessen dürften sich auch nicht unerhebliche Gründe gegen die einfache Beseitigung derselben geltend machen lassen. Was zuvörderst den Vorwurf betrifft, dass es unter allen Umständen ungerecht sei, den durch das dolose Vergehen verursachten Erfolg, z. B. den infolge einer ganz leichten Körperverletzung eingetretenen Tod des Verletzten dem Täter auch dann zuzurechnen, wenn von dessen Fahrlässigkeit in dieser Richtung gar nicht die Rede sein könne, so kommt ihm eine praktische Bedeutung hauptsächlich nur zu im Hinblick auf die augenblicklich „herrschende" Kausalitätstheorie. Wenn man mit uns von einer „Verursachung (im Rechtssinn)" nur da redet, wo irgendwelche Voraussehbarkeit des Erfolgs besteht, da beschränkt sich der Unterschied zwischen „fahrlässiger Verursachung" und „Verursachung schlechtweg" einzig darauf, dass für die erstere auch die individuelle Fähigkeit des Täters zu solcher Voraussicht vorausgesetzt wird, während solche für die

[1]) Wir könnten vielleicht noch weiter gehen und ähnliche Nachklänge in noch anderen Bestimmungen unseres heutigen Rechts konstatieren: so insbesondere in der Behandlung der schwereren Fahrlässigkeitsdelikte. Da wir jedoch auf die Fahrlässigkeitsschuld ohnehin noch in anderem Zusammenhange — unten in Nr. 5 — einzugehen haben, so beschränken wir uns für jetzt auf den Fall der vorsätzlichen Delikte mit nicht-gewolltem Erfolge, bei denen jene primitive Anschauung am deutlichsten nachklingt.

letztere ausser Betracht bleibt. Das will sagen: Bei normal veranlagten Menschen sinkt dieser Unterschied auf Null herab.[2]) Nimmt man nun noch hinzu, wie schwer es ist, bei Personen, die nicht an offenbarer Geistesschwäche leiden, die Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Voraussicht individuell zu fassen, so erscheint die Abstellung gewisser Strafsatzungen auf blosse Verursachung gewisser schwerer Erfolge durch ein vorausgehendes vorsätzliches Delikt praktisch gerechtfertigt: vorausgesetzt immer, dass der Begriff der Verursachung in dem von uns oben (§ 33, Nr. 44 ff.) befürworteten engeren juristischen Sinne genommen wird. Anderseits entspricht es nicht nur einer heute weit verbreiteten Volksanschauung, sondern auch den Aussagen, die uns das eigene Gewissen in ähnlichen Fällen bei ernsthafter Selbstprüfung gibt, wenn das Maass der Schuld an dem verursachten Erfolge da, wo die verursachende Handlung selbst bereits ein vorsätzliches Unrecht darstellt, unter allen Umständen höher geschätzt wird, als bei dem einfachen Nebeneinander oder Nacheinander der entsprechenden dolosen und culposen Vergehen. Freilich ist diese wesentlich gefühlsmässige Schätzung, gleichwie zahllose andere sittliche Wertschätzungen, nicht in exakter Weise als allgemeingültig nachzuweisen. Aber als eine auf mancherlei Erfahrungen gegründete Tatsache ist sie doch nicht einfach abzulehnen; bieten doch die angefochtenen Strafsatzungen selbst einen wichtigen Beleg dafür. Nur in Einem Punkte muss ich der gegnerischen Kritik beitreten: Die verhältnismässig sehr hohen Straf-Minima, die in den meisten dieser Strafbestimmungen auftreten, sind schwerlich zu billigen. In der

[2]) Durch diese Erwägung erledigt sich bereits ganz von selbst der grösste Teil der angeblich bedenklichen Fälle, wie sie etwa H. Seuffert in seinem reichhaltigen, auf der Strassburger Landesversammlung der I. K. V. (1900) gehaltenen Vortrage vorgeführt hat (Mitteilungen der I. K. V., Bd. IX, S. 108 ff.). Freilich vom Standpunkte der herrschenden Kausalitätslehre aus, die z. Z. auch die Strafpraxis des Reichsgerichts noch beherrscht, sind jene Fälle bedenklich genug. Nur geben sie m. E. keinesfalls Veranlassung, die beträchtliche Erhöhung der Strafmaxima als verwerflich zu betonen. Denn dass diese Maxima nicht in den gedachten bedenklichen Fällen, sondern immer bloss da zur Anwendung zu bringen sind, wo schon das vorsätzliche Delikt ein recht schweres und ausserdem die Wahrscheinlichkeit des nicht beabsichtigten Erfolgs besonders gross war, wird kein besonnener Richter verkennen.

Tat lassen sich Fälle denken, in denen das vorsätzliche Delikt so ganz besonders geringfügig und die Voraussehbarkeit des nichtgewollten schweren Erfolgs so minimal erscheint, dass auch die Schuld des Täters — trotz des schlimmen Ausgangs — nur als eine sehr geringe angeschlagen werden darf.[3])

2. So gewiss m. E. das Prinzip der reinen Erfolgshaftung nur eine Art der Schuldzurechnung darstellt, so gewiss setzt schon die allgemeinste Unterscheidung zwischen schuldbarem und nichtschuldbarem Unrecht eine fortschreitende Differenzierung zwischen dem inneren und äusseren Verhalten des Unrechthandelnden voraus. Zwar haben wir in Nr. 1 betont, dass das zuerst genannte Prinzip nicht sowohl auf einem völligen Ignorieren der inneren Stellung des Handelnden zu seiner Tat, als vielmehr auf dem Gedanken beruhe, das innere Verhalten finde jederzeit in der äusseren Handlung mit Einschluss des Erfolgs — ja, ausschliesslich hierin — seinen adäquaten Ausdruck. Aber wo und so lange diese An-

[3]) Vielleicht wäre es am richtigsten, gelegentlich der in Aussicht genommenen Revision unseres Strafgesetzbuches in den soeben erörterten Strafbestimmungen die Straf-*Minima*, soweit sie nicht als durch die Natur der betreffenden *Strafarten* geboten erscheinen, gänzlich aufzugeben. Aber auch wenn man nicht so weit gehen zu können glaubt, so müssen doch derartige Härten beseitigt werden, wie sie unser jetziges Strafgesetzbuch in diesem Punkte darbietet. Nehmen wir nur Ein Beispiel: Der A., durch äusserst schwere Beleidigungen seitens des B. provoziert, will diesem nichts weiter versetzen, als eine tüchtige Ohrfeige, hat aber das Unglück — vielleicht infolge einer Bewegung des B. selbst —, mit seinem Siegelringe die Schläfengegend zu treffen und dadurch dessen Tod herbeizuführen. Die Strafbarkeit nach §§ 226/228 ist hier ausser Zweifel; denn die Möglichkeit einer gewissen Voraussicht, ja selbst eine Fahrlässigkeit, namentlich im Hinblick auf den Ring am Finger, ist nicht wohl in Abrede zu stellen. Trotzdem erscheint eine Strafe von drei Monaten Gefängnis — die niedrigste, die nach § 228 zugelassen ist — als viel zu hoch; zumal wenn man bedenkt, dass bei einfacher Anwendung der Grundsätze über Verbrechenskonkurrenz (nach § 73 ff.) bei dem Zusammentreffen von leichter doloser Körperverletzung und fahrlässiger Tötung schon auf ein oder zwei Tage Gefängnis erkannt werden könnte und anderseits selbst beim Totschlage nach § 213 bis auf sechs Monate herunter gegangen werden darf. Der Unterschied vorsätzlicher *leichter* Körperverletzung und vorsätzlicher Tötung ist ein so gewaltiger, dass ihm auch bei gleich ungünstigem Ausgange eine Bestimmung des Strafmi*nimums* nach dem Verhältnis von 1 : 2 schlechterdings nicht entspricht.

schauung von einem konstanten Verhältnis zwischen innerem und äusserem Verhalten besteht, wo m. a. W. in dem äusseren Verhalten stets zugleich eine entsprechende innere Stellung des Handelnden als gegeben erachtet wird, da kann begreiflicherweise immer nur von schuldbarem Unrecht die Rede sein; ein nicht-schuldbares Unrecht wäre von diesem Standpunkte aus Contradictio in adjecto. Erst von dem Augenblicke an, wo die Erkenntnis lebendig wird, dass jenes Verhältnis durchaus nicht immer das gleiche ist, dass vielmehr inneres und äusseres Verhalten eines Menschen streng auseinander zu halten und je besonders zu beweisen sind, liegt die Möglichkeit und, genauer betrachtet, sogar Notwendigkeit vor, zwischen schuldbarem und nicht-schuldbarem Unrecht zu unterscheiden.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass schon die beginnende Differenzierung zwischen innerem und äusserem Verhalten unmittelbar zur Aufstellung oder gar zur allgemeinen Anerkennung der Unterscheidung von schuldbarem und nicht-schuldbarem Unrecht geführt habe. Wird doch die Zulässigkeit dieser Unterscheidung noch heute von nicht Wenigen bestritten! Wohl aber behaupte ich — und hierdurch finden unsere Ausführungen in § 30, Nr. 2 noch eine nicht unerhebliche Ergänzung —, dass sich die Unterscheidung von schuldbarem und nicht-schuldbarem Unrecht mit logischer Notwendigkeit für jeden ergibt, der es fertig bringt, unbeirrt durch irgendwelche Nebengedanken die Konsequenzen aus der Differenzierung zwischen innerem und äusserem Verhalten zu ziehen.

Zuvörderst ist klar: Wenn man einmal in dem Verhalten eines Menschen das „innere“ und das „äussere“ scheiden zu dürfen glaubt, so muss es auch zulässig sein, das eine wie das andere je für sich in Beziehung auf das Recht ins Auge zu fassen. Gibt man ferner zu, dass inneres und äusseres Verhalten divergieren können, so muss man auch weiter zugeben, dass jeweilig eines von beiden im Widerspruch mit dem Rechte stehen kann, während dies bezüglich des andern nicht der Fall ist. Setzen wir endlich voraus, dass von schuldbarem Unrecht nur zu reden ist, wo äusseres und inneres Verhalten gleichzeitig als im Widerspruch mit dem Rechte stehend erscheinen — und in unserer heutigen

Juristenwelt herrscht hierüber wohl allgemeine Übereinstimmung —, so bleibt einzig und allein die Frage übrig: Lassen sich zureichende Gründe dafür vorbringen, dass nur dieser letzterwähnte zwiefache Widerspruch überhaupt als „Unrecht" bezeichnet wird, nicht aber auch der Widerspruch des inneren oder äusseren Verhaltens zum Rechte?

In der Tat dürfte ein solcher zureichender Grund vorliegen bezüglich jedes rein innerlichen Verhaltens. Zwar halte ich, wie ich schon wiederholt ausgeführt habe, für ganz zweifellos, dass auch bereits der blosse Willensentschluss, eine Rechtsnorm zu übertreten, selbst wenn es nie zu einer Ausführungshandlung kommt, ja sogar schon das blosse Begehren, das sich in dieser Richtung geltend macht, als rechtswidrig, d. h. im Widerspruch mit dem Rechte stehend bezeichnet werden muss, sofern das Recht mit dem von ihm geforderten äusseren Verhalten indirekt stets zugleich das entsprechende Wollen verlangt. Allein der juristische Sprachgebrauch lässt ebensogewiss den Ausdruck „Unrecht" für einen blossen rechtswidrigen Entschluss nicht zu; und dies erscheint bei näherer Betrachtung auch vollständig gerechtfertigt. Denn da alles Recht — mindestens nach heutiger Anschauung — nur ein bestimmtes äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen zum Zweck hat, so kann in einem rein innerlichen Vorgange niemals schon die Übertretung einer Rechtsnorm, niemals schon die Verletzung eines Rechtsanspruchs, niemals schon eine Störung der Rechtsordnung erblickt werden, sondern höchstens ein rechtlich nicht weiter zu beachtender Ansatz hierzu. Und ebendarum kann ein solcher rein innerlicher Vorgang auch niemals eine Unrechtsfolge nach sich ziehen.

Ganz anders liegen die Dinge bei dem sogen. rein objektiven Unrecht. Fürs erste gibt es keinen allgemein anerkannten Sprachgebrauch, der den Ausdruck „Unrecht" in Anwendung auf ein ausschliesslich äusserliches Verhalten verwehrte. Noch wichtiger jedoch ist, dass es sich hier nicht bloss um einen logischen Widerspruch des betreffenden Verhaltens zum Rechte, sondern stets zugleich um eine materielle Vereitelung des Zweckes der betreffenden Rechtsnormen usw. in einem konkreten Falle handelt. Kein Unbefangener wird leugnen, dass auch der Unzurechnungsfähige, der

einen Menschen tötet, damit das Tötungsverbot des Rechts übertreten, Rechtsansprüche Anderer verletzt, mancherlei Rechtsverhältnisse und dadurch in gewissem Grade die ganze Rechtsordnung gestört habe. Und demgemäss kennt selbst unser heutiges Recht — wenngleich nur in beschränktem Maasse und ohne eine eigentliche Schuld zuzurechnen — gewisse Unrechtsfolgen für ein rechtswidriges Verhalten von Unzurechnungsfähigen.

In der Tat gibt es nur Einen nennenswerten Gegengrund wider die Anerkennung eines rein objektiven oder nicht-schuldbaren Unrechts: die Vorstellung, dass eine Rechtsnorm ihrer Natur nach immer nur an Subjekte sich richten könne, die in der Lage sind, die Norm zu begreifen und zu befolgen. Dass indessen diese Vorstellung, so plausibel sie auf den ersten Anblick erscheinen mag, in so allgemeiner Fassung als unbegründet, den tatsächlichen Intentionen des Rechts zuwiderlaufend und schliesslich zu den unsinnigsten Konsequenzen führend sich ausweist, habe ich bereits in § 37, Nr. 2 eingehend dargelegt. Nur in Einer Beziehung muss ich das dort Ausgeführte hier noch ergänzen. Man hat neuerdings versucht, sogar jene für mein Empfinden völlig widersinnigen Konsequenzen mit in den Kauf zu nehmen und geradezu zu behaupten: als Adressaten der Rechtsnormen seien immer nur solche Personen anzusehen, die im Moment ihrer Handlung als „durch Gesetz bestimmbar" zu erachten seien.[4]) Wer sich mit einer solchen „Adresse" der Gesetze und dementsprechend mit einer Geltung des Rechts zu befreunden vermag, die in keiner Weise als dauernd, sondern als vollständig diskontinuierlich, fortwährend wechselnd bezüglich ihrer Richtung aufzufassen wäre, mit dem ist allerdings schwer zu streiten. Aber er wage dann wenigstens, die praktische Probe zu machen und die Eingangsformel unserer Gesetze jener seiner Anschauung gemäss umzugestalten, etwa so: „Wir ... verordnen, — natürlich nur für

[4]) Vergl. Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit I, S. 199, 355 ff., dessen — in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIII, S. 598 als „überzeugend" angepriesene und in der Tat eine beachtenswerte Kritik der höchst verschiedenartigen Ansichten darbietende — Ausführungen gegen den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit schliesslich doch ganz und gar auf dieser höchst bedenklichen Position beruhen.

diejenigen unserer Untertanen, die durch Gesetze bestimmbar sind, und auch immer bloss für die Zeiten, in denen sie dergestalt bestimmbar sind, — was folgt.“ Sollte es noch weiterer Belege bedürfen, um die Unhaltbarkeit einer Ansicht darzutun, die in so eklatanter Weise gewisse Bedingungen der konkreten Wirksamkeit der Gesetze mit der allgemeinen Intention und Richtung derselben verwechselt?

3. Als wichtigste Einteiluug des schuldbaren Unrechts oder des Unrechts im engeren Sinne wird von der heutigen Rechtswissenschaft ziemlich einmütig anerkannt die Einteilung in doloses und culposes Unrecht. Auch diese Einteilung ist jedoch keineswegs ein unmittelbares Produkt der beginnenden Differenzierung zwischen innerem und äusserem Verhalten des Menschen. Vielmehr hatte diese zunächst überall nur die Heraushebung des vorsätzlichen Unrechts oder, genauer gesagt, gewisser Fälle desselben im Gegensatze zu allem übrigen Unrecht zur Folge. Für letzteres blieb im allgemeinen der Grundsatz der Erfolgshaftung bestehen; nur wurde die Schuld bezw. die Strafe dafür nunmehr geringer angesetzt und die Bezeichnung als „Casus“ deutet bereits auf eine noch tiefer einschneidende Wandelung in der Wertung dieses Teils des Unrechts hin.[5]) Erst sehr allmählich hat sich dann die Ausscheidung der „Culpa“ aus der zunächst ungeschiedenen Masse des nicht-vorsätzlichen Unrechts (Casus) vollzogen; was aber nach dieser Ausscheidung noch verblieb, war — seiner äusseren Gestaltung nach — immer noch Unrecht, wenn auch nicht schuldbares und darum auch nicht strafbares Unrecht. Wenigstens stimmt die letztere Schlussfolgerung am besten zu dem Gesamtbilde der

[5]) Zahlreiche Belege für die regelmässige Wiederkehr dieses Entwickelungsganges — allerdings mit den allerstärksten Differenzen bezüglich der Dauer der verschiedenen Perioden — siehe jetzt besonders bei Wilucky, Vorgeschichte des Rechts III, S. 40 ff. Nur ist zu beachten, dass Wilucky gelegentlich schon von einer Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit redet, wo dies aus dem vorgeführten Material nicht hervorgeht. So vermag ich namentlich in den Gesetzen Hammurabis — trotz der verhältnismässig hohen Kultur, von welcher diese Zeugnis ablegen, — eine einigermaassen deutliche Vorstellung von Fahrlässigkeit noch nicht zu entdecken, sondern höchstens eine Art Ahnung davon, die sich kundgibt in der Heraushebung eines vereinzelten, besonders gearteten Falles „unabsichtlichen Handelns“.

angedeuteten Entwickelung und bietet uns so zugleich eine wertvolle weitere Bestätigung unserer Unterscheidung zwischen Unrecht im weitern und engern Sinne von der historischen Seite her. Doch genug hiervon; für unsere nächstfolgenden Erörterungen kommt nur die Unterscheidung zwischen dolosem und culposem Unrecht in Betracht, wie sie unserm modernen Rechte charakteristisch ist.

Man hat neuerdings mehrfach behauptet, die beiden Begriffe „vorsätzliches Unrecht" und „fahrlässiges Unrecht" seien eigentlich zwei verschiedenen Gebieten entnommen: der eine der Psychologie, der andere der Ethik. Wäre diese Behauptung wirklich begründet, so wäre es jedenfalls inkorrekt, die gedachten beiden Begriffe als gegensätzliche oder sich wechselseitig ausschliessende nebeneinander zu stellen. Die Wahrheit ist: Das Wort „Vorsatz" ist an und für sich gleichbedeutend mit „Willensentschluss"; es drückt also zunächst ein rein tatsächliches — gleichviel, ob zu billigendes oder nicht zu billigendes — psychisches Verhalten aus und ist als solches von uns bereits in Abschnitt II (§ 34, Nr. 4ff.) zum Gegenstand der Untersuchung gemacht worden. Der Ausdruck „Fahrlässigkeit" dagegen enthält zugleich eine Missbilligung des damit getroffenen Verhaltens. Zugleich! Denn in erster Linie ist es doch auch hier eine bestimmte Art tatsächlichen psychischen Verhaltens, die damit gekennzeichnet werden soll; nur dass wir gerade diese bestimmte Form psychischen Verhaltens regelmässig nur zu beobachten pflegen, wo uns dieses Verhalten als missbilligungswert erscheint, und dass es uns darum an einer entsprechenden indifferenten Bezeichnung für das Rein-Tatsächliche daran fehlt. Auf der andern Seite interessiert uns auch der Vorsatz, wo wir ihn in Vergleichung zur Fahrlässigkeit stellen oder m. a. W. als Schuldvoraussetzung in Betracht zu ziehen haben, nicht sowohl an sich, d. h. ohne Rücksicht auf unser Werturteil über das Vorgesetzte, sondern als Vorsatz eines rechtswidrigen Tuns oder Unterlassens und darum als ein zu missbilligender Vorsatz, gleichwie wir längst gewohnt sind, das Wort „Dolus" kurzweg im Sinne von „dolus malus" zu nehmen.

Die vorstehende Betrachtung deutet bereits darauf hin, dass auch in der heutigen Rechtswissenschaft noch keineswegs volle Übereinstimmung besteht über den eigentlichen Inhalt der beiden

uns hier interessierenden Begriffe. Die in dieser Hinsicht vorhandenen Differenzen reichen jedoch sehr viel weiter.

4. Was zuvörderst den Dolus- oder Vorsatz-Begriff anlangt, so dreht sich z. Z. der Hauptstreit darum, ob oder inwieweit bei einem vorsätzlichen Delikte ein wahres Wollen oder vielmehr nur ein Wissen des dem Delikte eigentümlichen Erfolges vorausgesetzt werde. Da es sich nun bei diesem Streite auf den ersten Anblick wirklich bloss um Dinge rein-tatsächlicher, psychologischer Natur handelt, gleichviel, ob die betreffende Handlung rechtswidrig oder lobenswert oder rechtlich indifferent ist, so erscheint dieser Streitpunkt in der Hauptsache für uns erledigt durch die Erörterungen in Abschnitt II (§ 34, Nr. 4—8). Wir haben dort ausführlich nachgewiesen, dass als „gewollt" oder „vorsätzlich" im vollsten Sinne des Wortes nicht bloss die eigene Körperbewegung des Handelnden anzusehen ist, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch der hiervon abhängige weitere Erfolg: nämlich einmal der mittelst der betreffenden Körperbewegung speziell erstrebte, sodann aber auch der dem Handelnden an sich gleichgültige, jedoch als notwendig erkannte oder sonstwie subjektiv gewisse Erfolg. Desgleichen haben wir gezeigt, dass es durchaus erlaubt, ja geradezu geboten ist, ein „bedingtes Wollen" anzuerkennen: nicht nur insofern, als bei jeder Willensentschliessung mit gewissen Bedingungen der Ausführung und entsprechend bei jeder äussern Handlung mit Bedingungen des damit bezweckten äusseren Erfolges gerechnet werden muss, sondern insbesondere auch in dem Sinne, dass der Handelnde einen bestimmten Erfolg neben dem direkt von ihm erstrebten nur eventuell will, wie dies überall zu behaupten ist, wo sich der Handelnde vor die Alternative gestellt sah, entweder jenen eventuellen Erfolg bewusst mit in den Kauf zu nehmen oder seinen ganzen Plan und entsprechend die zugleich auf jenen Erfolg hinwirkende Handlung aufzugeben.[6])

[6]) Die Übereinstimmung der heutigen Juristenwelt bezüglich dieses Dolus eventualis, der in analoger Weise auch auf andere Tatbestandsmerkmale bezogen werden kann, ist, wie die Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages (Stettin 1898) bezeugen, trotz der prinzipiell verschiedenen Grundanschauungen über den eigentlichen Gegenstand des Wollens erfreulicherweise eine sehr grosse. In der Tat laufen all die verschiedenen Redewendungen, welche die

Dagegen müssen wir uns jetzt noch mit zwei Fragen beschäftigen, die zwar eng mit den soeben erwähnten zusammenhängen, aber sich dennoch nicht vollständig auf Grund rein psychologischer Erwägungen beantworten lassen:

I. Wie ist der Dolus eventualis im Vergleich zum Dolus directus zu werten, namentlich dann, wenn der eventuell gewollte Erfolg nicht eingetreten ist?

II. Welche Bedeutung kommt dem Bewusstsein der Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit des Erfolgs in Fällen zu, wo das Vorhandensein eines eventuellen Wollens dieses Erfolgs zu verneinen ist?

---

verschiedenen Schriftsteller gebrauchen, um den psychologischen Vorgang, um den es sich dabei handelt, näher zu charakterisieren, auf ein und denselben Gedanken hinaus. Wenn jedoch der zweite Gutachter für jenen Juristentag, v. Liszt (Gutachten Bd. I, S. 110 f.), diesen Gedanken dahin formulieren zu können glaubt, dass „auch der eventuelle Vorsatz Voraussicht des Erfolges" sei oder, genauer gesagt, „Annahme, dass der Erfolg eintreten werde", so muss dieser Meinung entschieden entgegengetreten werden. Zuvörderst ist die Voraussicht, dass ein vorgestellter Erfolg eintreten werde, sogar beim bestimmten Dolus nicht unbedingt erforderlich: Wenn jemand auf einen Andern schiesst in der Absicht, ihn zu töten, aber unter Umständen, die es ihm selbst höchst zweifelhaft erscheinen lassen, ob er ihn treffen werde, so hat er sicherlich nicht als gewiss angenommen oder „vorausgesehen", dass er ihn töten werde, vielmehr müsste ihm das Treffen mehr nur als ein erwünschter Zufall erscheinen; und doch wird man nicht bezweifeln können, dass er mit Tötungsvorsatz gehandelt hat. Umgekehrt liegt da, wo wirklich eine Voraussicht der gedachten Art oder m. a. W. subjektive Gewissheit besteht, dass ein gewisser Erfolg eintreten werde, nicht bloss ein eventuelles, sondern stets ein direktes Wollen vor, wie wir ebenfalls schon in § 84, Nr. 8 dargelegt haben. Auch die „Schulbeispiele", mit denen v. Liszt a. a. O. operiert, beweisen viel mehr gegen, als für ihn in dieser Hinsicht. Wer in eine Menschenmenge eine Sprengbombe wirft, dem wird man allerdings unbedenklich die Voraussicht zuschreiben dürfen, dass er damit Menschen töten werde; aber ebendarum ist hier kein bloss eventuelles, sondern die zweite Form direkten Wollens anzunehmen. Anderseits ist zwar gewiss richtig, dass der Tellschuss nicht mit eventuellem Tötungsvorsatz erfolgt ist. Nicht darum jedoch ist dies zu behaupten, weil dem Tell gar nicht der Gedanke an die Möglichkeit gekommen wäre, statt des Apfels seinen Knaben zu treffen; im Gegenteil, gerade im Hinblick auf diese Möglichkeit nimmt er den zweiten Pfeil aus dem Köcher, um eventuell damit den Gessler zu erschiessen. Wohl aber bäumt sich sein Wille dergestalt gegen diese Möglichkeit auf, dass von einer auch nur bedingten Einwilligung in diese

Behufs einer zutreffenden Beantwortung der ersteren Frage ist vor allem scharf zu scheiden zwischen den Fällen, in denen schon der Willensentschluss zu einer Handlung selbst nur bedingt oder eventuell gefasst ist, und denjenigen, in welchen die Ausführung der Handlung von einem bloss bedingten oder eventuellen Wollen bezüglich eines gewissen Erfolgs oder eines andern Tatbestandmerkmals begleitet ist. Die Fälle der ersteren Art kommen für uns gegenwärtig überhaupt nicht in Betracht. Denn so lange es noch nicht zu einer äusseren Betätigung des Willensentschlusses

---

mögliche Folge schlechterdings nicht die Rede sein kann. Nehmen wir dagegen einen andern, äusserlich ziemlich ähnlich aussehenden Fall: Der Kunstschütze A. will sich an dem B. für eine ihm von diesem zugefügte Unbill dadurch rächen, dass er ihm den Hut vom Kopfe herunterschiesst; er baut dabei auf seine eminente Treffsicherheit, aber er sagt sich doch zugleich in seiner erbitterten Stimmung: Träfe ich ihn wider Erwarten selbst, so soll es mir auch recht sein! Hier liegt wirklich eventuelles Wollen vor, aber eine „Voraussicht, dass das eventuell Gewollte eintreten werde", sicherlich nicht. Freilich wird mir nun v. Liszt wahrscheinlich entgegenhalten: Eine solche bestimmte Voraussicht bezüglich des eventuell gewollten Erfolgs behaupte er ja gar nicht, sondern nur ein alternatives Voraussehen, ein „Annehmen, dass der eine oder der andere von mehreren bestimmten Erfolgen eintreten werde". Und ich muss zugeben: Wenn man sich nicht scheut, gerade von den hervorstechendsten psychologischen Momenten in dem vorgeführten letzten Beispiele gänzlich zu abstrahieren, so lässt sich in diesem wirklich eine derartige völlig farblose alternative Voraussicht herausklügeln. Allein dass hierin — ja sogar nur hierin — das Eigentümliche des Dolus eventualis im Gegensatze zum direkten oder bestimmten Dolus bestehe, wie dies v. Liszt a. a. O. behauptet, ist jedenfalls zu verneinen. Vor allem ist klar, dass ganz dieselbe Voraussicht, dass der eine oder andere Erfolg eintreten werde, auch beim Tellschuss zu konstatieren ist; wenn dieser trotzdem kein Beispiel des eventuellen Dolus darstellt, so muss offenbar der Grund hierfür anderswo liegen, als in dem Vorhandensein einer derartigen alternativen Voraussicht. Sodann darf nicht übersehen werden, dass alternatives Wollen und eventuelles Wollen überhaupt wesentlich verschiedene Dinge sind: In dem einen Falle bilden verschiedene bestimmte Ziele Gegenstand eines einzigen Willensentschlusses, in dem andern tritt zu dem in erster Linie stehenden bedingungslosen Willensentschlusse noch ein zweiter, bedingter Entschluss hinzu. Endlich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Verhältnis der letzterwähnten beiden Willensentschliessungen keineswegs immer um ein Entweder-Oder handelt, sondern häufig auch bloss um einen Nebenerfolg oder eine andere Begleiterscheinung ausser dem eigentlichen Ziele des Handelns.

gekommen ist — wie z. B. bei dem in Anm. 6 erwähnten Vorsatze des Tell, im Falle eines unglücklichen Schusses mit dem zweiten Pfeile den Gessler zu erschiessen —, so lange kann (nach unsern früheren Ausführungen) von einer Schuld im Rechtssinn nicht die Rede sein. Sobald hingegen die bedingt beschlossene Handlung vorgenommen ist, da ist es in der Hauptsache gleichgültig, ob dies wegen Erfüllung der Bedingung geschah oder aus irgend einem anderen Grunde; auch die erfüllte Bedingung hat hier höchstens Bedeutung als besonders geartetes Motiv der schliesslich — bei der Ausführung selbst — direkt gewollten Handlung, also nur ihres eigentümlichen Inhalts wegen. Um so bestrittener ist, ob in den Fällen der zweiten Art der eventuelle Vorsatz nur bei Eintritt der Bedingung zu berücksichtigen ist oder ganz allgemeinhin, also insbesondere auch bei Handlungen, die höchstens als Versuchshandlungen in bedingt bestimmter Richtung charakterisiert werden können.[7]) Wenn man freilich für die beschränktere Berücksichtigung (ausschliesslich bei Eintritt des bedingt gewollten Erfolgs) auf die analoge Behandlung des bedingten Rechtsgeschäfts sich beruft,

---

[7]) Die deutschen Strafgesetzbücher aus der Zeit vor 1870 enthalten grossenteils Bestimmungen, durch welche die Berücksichtigung des unbestimmten oder eventuellen Dolus bei Nicht-Eintritt des bedingt gewollten Erfolgs ausdrücklich ausgeschlossen wird. (Vergl. die Zusammenstellung bei Stenglein, Gutachten zum 24. deutschen Juristentage, I, S. 94 ff.) Im deutschen Strafgesetzbuche — wie schon im preussischen — fehlt jedoch eine solche Vorschrift und das Reichsgericht hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass ein nachweisbarer Dolus eventualis auch schon bei Versuchshandlungen zu berücksichtigen sei, auch gelegentlich dementsprechend entschieden, z. B. bei dem bekannten Niederwald-Attentate. Auf demselben Standpunkte hält sich das Referat des Oberreichsanwalts Hamm beim 24. Juristentage (IV, S. 273), während der Antrag des Letzteren (ebendaselbst S. 277, 285), der dann die fast einstimmige Billigung des Juristentages gefunden hat, nur eine Entscheidung für diejenigen Fälle trifft, in denen die Bedingung (der Erfolg) eingetreten ist. Anderseits ist in der Debatte von anderer Seite geradezu die beschränktere Berücksichtigung des bedingten Vorsatzes — nämlich bloss für den Fall des Bedingungs-Eintritts — verteidigt worden (IV, S. 280), ohne dass sich hiergegen Widerspruch erhoben hätte. Vergl. im übrigen die Zusammenstellung der einschlagenden Literatur bei Binding, Grundr. des deutschen Strafrechts, allgem. Teil (6. Aufl.), § 54, II (S. 117 f.).

so ist dies schon darum nicht gerechtfertigt, weil die letztere — eine eigentümliche Fiktion in sich schliessende — Behandlung auf einer ausdrücklichen Vorschrift des positiven Rechts beruht, die nicht ohne weiteres auf jeden bedingten Vorsatz ausgedehnt werden darf. Dagegen widerspricht es dem natürlichen Sprachgefühl, von einem „Versuche“ in der Richtung auf einen Erfolg zu reden, der an und für sich gar nicht erstrebt, sondern nur als mögliche Nebenwirkung erkannt und eventuell mit gewollt wird; so denkt z. B. gewiss niemand daran, ein lebensgefährliches Experiment, bei welchem der Experimentator alle möglichen Vorsichtsmaassregeln anwendet, aber doch zugleich bereit ist, sein Leben eventuell der Wissenschaft zum Opfer zu bringen, als einen Selbstmordversuch zu charakterisieren. Das gleiche gilt auch, wenn man im Anschluss an Str. G. B. § 43 und andere moderne Gesetzgebungen den Nachdruck auf die Worte „Anfang der Ausführung“ legt; denn zur Ausführung eines Planes gehört immer nur, was im Plane selbst enthalten ist, — nicht, was bloss als Nebenfolge der Ausführungshandlung in den Kauf genommen wird. Anderseits ist kaum zu leugnen, dass der Dolus eventualis auch in Fällen, wo die Bedingung oder vorausgesetzte Eventualität nicht eingetreten ist, eine grössere Berücksichtigung verdient, als ihm in einfacher Konsequenz des soeben Bemerkten zu teil werden könnte. Nur scheint es mir eine Aufgabe nicht bloss der Wissenschaft, sondern vor allem auch der Gesetzgebung zu sein, die gesetzlichen Vorschriften über den Versuch strafbarer Handlungen in entsprechender Weise zu ergänzen, etwa durch den folgenden Zusatz (zu Str. G. B. § 43): „Die vorstehenden Bestimmungen finden sinngemäss auch Anwendung, wenn der Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, nur ein bedingter (eventueller) ist.“ Alle hierher gehörigen Fälle oder m. a. W. alle Handlungen, die im Hinblick auf das direkt erstrebte Ziel als Versuchshandlungen sich darstellen, dürften wir dann insoweit, als bei ihrer Vornahme zugleich ein noch anderer Erfolg als möglich erkannt und auch wirklich zugleich bedingt (eventuell) gewollt war, kurzweg als Quasi-Versuch kennzeichnen.

Die zweite oben angeführte Frage ist hauptsächlich hervorgerufen durch die in der neueren Strafrechtswissenschaft gelegentlich auftretende Meinung, dass zwischen Dolus und Culpa noch

eine Zwischenstufe einzuschieben sei. Natürlich kann es sich hierbei nur um die Gestaltung zukünftigen Strafrechts handeln; denn dass unser geltendes Recht jener Meinung durchaus keine Stütze bietet, bedarf schwerlich einer besonderen Auseinandersetzung. Aber genauer betrachtet scheinen mir auch gar keine stichhaltigen Gründe für eine Reform in jener Richtung vorzuliegen. Zuvörderst ergibt sich schon aus unsern früheren Erörterungen (§ 34, Nr. 8), dass eine solche Mittelstufe keinesfalls als „Wissentlichkeit" — im Gegensatze zu Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit — charakterisiert werden darf. Denn wo ein wirkliches Wissen des Handelnden um den Erfolg der Handlung vorliegt, d. h. zum mindesten eine subjektive Gewissheit oder Überzeugung, dass der Erfolg eintreten werde, da erscheint, wie wir gesehen haben, dieser Erfolg stets auch als unmittelbar (nicht bloss bedingt) gewollt; wo dagegen unter dem Wissen bloss das Bewusstsein der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines Erfolges verstanden wird, da findet die Handlung notwendig eine verschiedene Beurteilung, je nachdem der Erfolg gleichzeitig als ein eventuell gewollter sich darstellt oder nicht. Die Frage kann also immer nur dahin gehen, ob das Für-möglich- oder Für-wahrscheinlich-halten eines gewissen Erfolgs (oder eines sonstigen Tatbestandmerkmals) auch in Fällen, in denen kein bedingter Dolus anzunehmen ist, eine selbständige Berücksichtigung neben oder innerhalb der Fahrlässigkeit verdient. Sehen wir nun aber weiter zu, so spricht für die Verneinung auch dieser Frage vor allem die Tatsache, dass ein solches Für-möglich- oder selbst Für-wahrscheinlich-halten sehr wohl denkbar ist, wo unserm natürlichen Gefühl sogar die Annahme einer blossen Fahrlässigkeit, geschweige denn einer noch schwereren Schuld durchaus widerspricht. Wer seinem Berufe gemäss mit Explosivstoffen zu arbeiten hat, kennt sehr wohl die Möglichkeit, ja selbst den grösseren oder geringeren Grad von Wahrscheinkeit einer für Menschen und Sachen gefährlichen Explosion, mit welcher er entweder allgemeinhin oder doch unter besonderen Voraussetzungen rechnen muss. Allein wenn er wirklich pflichtmässig hiermit rechnet und demzufolge auch alle entsprechenden Vorsichtsmaassregeln beobachtet, so wird ihn niemand der Fahrlässigkeit zeihen, wenn die in bestimmter Weise für möglich, ja wahrscheinlich erkannte schädliche Folge

trotz seiner Bemühungen eingetreten ist. Freilich wird hierbei stets zugleich vorausgesetzt werden müssen, dass sich der Handelnde irgendwie im Irrtum befunden hat, sei es über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines gewissen Umstandes, sei es über das gesetzmässige Verhalten der wirksamen Faktoren zueinander; denn ohne diesen Irrtum würde er die eingetretene schädliche Folge nicht bloss als möglich oder in gewisser Weise wahrscheinlich, sondern als notwendig erkannt und demgemäss — sofern er dennoch handelte — unmittelbar mit gewollt haben. Allein wenn dieser Irrtum nicht selbst wieder auf Fahrlässigkeit zurückzuführen ist, so kann er auch nach unsern heutigen Anschauungen keine Schuld begründen; und wo umgekehrt wirklich Fahrlässigkeit als Grund des Irrtums nachweisbar ist, da ist allerdings auch das daraus hervorgegangene Handeln ein fahrlässiges, aber auch nichts weiter. Höchstens lässt sich die Regel aufstellen, dass die Erkenntnis der Gefahr die Pflicht zur Vorsicht naturgemäss verschärft und dass darum ein besonders hoher Grad von Fahrlässigkeit vorliegt, wenn das, was als das eigentliche Wesen der Fahrlässigkeit anzusehen ist, nämlich die Nichtbeobachtung der pflichtmässigen Sorgfalt und Umsicht, mit dem Bewusstsein der Gefährlichkeit der vorgenommenen Handlungen verbunden erscheint.

5. Mit den letzten Sätzen habe ich bereits meine eigene Anschauung vom „fahrlässigen Unrecht" in der Hauptsache gekennzeichnet. Zunächst im Unterschiede vom dolosen und vom schuldlosen Unrecht.

In ersterer Hinsicht charakterisiert sich das fahrlässige Unrecht als ein nicht-gewolltes Unrecht. Das will sagen: Wenn eine objektiv rechtswidrige Handlung als eine bloss fahrlässige, nicht als eine dolose angesehen werden soll, so darf der Wille des Handelnden keinesfalls — auch nicht eventuell — auf das gerichtet sein, was die Handlung objektiv zu einer rechtswidrigen macht, also insbesondere nicht auf einen Erfolg, wie er zu dem Begriffe eines gewissen Delikts gehört.

In der zweiten Beziehung — im Gegensatze zu dem völlig schuldlosen Unrecht — stellt sich das fahrlässige Handeln als ein Handeln ohne diejenige Aufmerksamkeit und Sorgfalt dar,

die das Recht — sei es allgemeinhin, sei es nur unter den gegebenen besonderen Umständen — verlangt hätte.

Im Grunde ist mit dieser Abgrenzung der Fahrlässigkeit nach zwei Seiten hin auch schon eine ausreichende Begriffsbestimmung gegeben.[8]) Insbesondere kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Fahrlässigkeit einer Handlung, ja selbst die Erkenntnis dieser Fahrlässigkeit an und für sich nicht davon abhängt, ob oder welche Folgen die Handlung gehabt hat. Dagegen erhebt sich die Frage: Kann auch schon ohne alle Rücksicht auf diese Folgen von einer Schuldzurechnung die Rede sein oder

---

[8]) Diese würde in der Sache übereinstimmen mit der in § 276 des B. G. B. gegebenen Legaldefinition: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt." Denn da alles Recht nur Vorschriften für das Verhalten von Menschen zu Menschen aufstellt, so kann auch die von ihm geforderte Sorgfalt nur eine „im Verkehr erforderliche" sein. Anderseits versteht sich von selbst, dass über die Frage, was im Verkehr erforderlich ist, immer nur die herrschende Gemeinanschauung, wie sie auch dem Rechte zu Grunde liegt, maassgebend sein kann. Natürlich lässt sich diese Gemeinanschauung nicht in eine Formel bringen, mit der man wie mit einer mathematischen rein verstandesmässig operieren kann. Wohl ist es möglich, auf Grund dieser Gemeinanschauung den Begriff der im Verkehr erforderlichen, rechtlich gebotenen Sorgfalt noch einigermaassen zu erläutern durch den Hinweis teils auf das schon von den römischen Juristen zum Maassstab genommene Verhalten eines „diligens paterfamilias", teils analog auf das Vorbild des ordentlichen Geschäftsmannes, des gewissenhaften Arztes usw.; aber streng definierbar sind alle diese Begriffe nicht. Und daraus folgt weiter, dass bei Entscheidung darüber, ob im gegebenen Falle die erforderliche Sorgfalt beobachtet ist, immer ein gewisses Taktgefühl des Richters mitzusprechen haben wird. Will man hierin einen Mangel erblicken, so darf man jedenfalls nicht unsere Wissenschaft, sondern nur die Rechtsentwickelung selbst anklagen, nach welcher dem richterlichen Ermessen im Laufe der Zeiten regelmässig immer weiterer Spielraum eingeräumt worden ist; gründliche Abhülfe dagegen wäre nur zu erzielen durch Rückkehr zu jenen halbprimitiven Rechtszuständen, in denen man keinen andern Unterschied kennt, als den allgemeinsten zwischen Haftung aus dolosem Unrecht und reiner Erfolgshaftung. „Nichtssagend" dagegen, wie R. Löning meint, sind die vorgedachten Begriffe — der allgemeinere, wie die besonderen — trotz ihrer „Undefinierbarkeit" ganz und gar nicht. Was damit gemeint ist, versteht in Wahrheit jeder, der das Leben bezw. das betreffende Berufsleben aus eigener Erfahrung kennt, und das genügt. (Vergl. übrigens unten Anm. 11.)

ergibt sich diese erst aus der besonderen Beziehung auf eine bestimmte dadurch herbeigeführte Folge?

Die Antwort hierauf ist keine ganz einfache. Vor allem müssen wir uns selbst einwerfen, dass unsere Fragestellung einer Korrektur bedarf. Genauer betrachtet nämlich handelt es sich nicht um ein Entweder-Oder; vielmehr sind beide Arten von Schuldzurechnung nebeneinander nicht nur denkbar, sondern auch speziell in unserm heutigen Rechte als tatsächlich vorhanden nachzuweisen. Dass darin „Sorgfalt" bald in mehr, bald in weniger allgemeiner Weise ohne Rücksicht auf bestimmte Folgen nachdrücklichst geboten ist, wird sich schwerlich bestreiten lassen. Einen besonders prägnanten Ausdruck findet diese Pflicht zur Sorgfalt in den gesetzlich vorgeschriebenen Gelöbnissen von Beamten und Angehörigen bestimmter Berufe; auch kennt hier unser Recht zweifellos eine Disziplinierung wegen Nicht-Erfüllung dieser Pflicht, wie sie immer nur denkbar ist unter der Voraussetzung, dass solche dem Säumigen als Schuld zugerechnet wird. Aber auch in weiterem Umfange — für alle Rechtsgenossen — wird eine gewisse Pflicht zur Sorgfalt schon ganz im allgemeinen angenommen und die entsprechende Pflichtverletzung, ohne Rücksicht auf bestimmte Folgen derselben, als Schuld angerechnet werden müssen; denn nur unter dieser allgemeineren Voraussetzung wird es begreiflich, wie — von unserer modernen Rechtsanschauung aus, welche eine Schuldzurechnung nach dem blossen Erfolge verwirft, — eine nicht-gewollte Folge als schuldbare Übertretung einer bestimmten Norm aufgefasst werden kann. Die Sache liegt dann nämlich einfach so: Die Übertretung der bestimmten Norm, wie sie nach dem in § 37, Nr. 2 Ausgeführten schon aus der Verursachung derjenigen Folge sich ergibt, welche die betreffende Norm herbeizuführen verbietet, wird — im Mangel eines direkt oder eventuell darauf gerichteten Willens — dadurch zu einer schuldbaren, dass die Nichterfüllung der Sorgfaltpflicht als wesentlicher Faktor bei der Verursachung erscheint oder dass m. a. W. der dem Delikt charakteristische Erfolg darauf zurückzuführen ist, dass der Übertreter ohne die ihm als Pflicht obliegende Sorgfalt handelte. Umgekehrt ausgedrückt: Die an sich bereits mit der Nichtbeobachtung der pflichtmässigen Sorgfalt gegebene allgemeinere Schuld erlangt

eine besondere konkrete Ausgestaltung, indem sie zur Übertretung einer weiteren spezielleren Norm hinführt, die ebendarum dem Handelnden gleichfalls als Schuld angerechnet wird. Wo dagegen von einer Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt überhaupt nicht die Rede sein kann, da stellt sich auch die durch den Handelnden vollzogene, aber nicht gewollte Rechtsübertretung als eine nicht-schuldbare dar.

Anderseits ist zweierlei zuzugeben. Fürs erste deuten die Ausdrücke „Sorgfalt", „Umsicht", „Vorsicht" usw. in gewisser Weise schon darauf hin, dass es sich bei der Aufstellung einer derartigen allgemeinen Pflicht nicht bloss um die positive Förderung bestimmter dem Handelnden gesetzter Zwecke, sondern namentlich auch um Vermeidung aller möglichen schädlichen Folgen, insbesondere aller möglichen Rechtsübertretungen handelt; ja, die allgemeinste Pflicht aller Rechtsgenossen zur Sorgfalt im Verkehr untereinander — also ohne Rücksicht auf besondere öffentlich- oder privatrechtliche Verhältnisse — kann überhaupt gar keinen anderen Inhalt haben. Freilich versteht sich zugleich von selbst, dass mit diesem Pflichten-Inhalt — gemäss der soeben vorausgeschickten Charakteristik — niemals schon die Beziehung auf eine bestimmte Folge oder auch nur Folge-Art gegeben ist. Diese Beziehung gestaltet sich vielmehr nach der Lage der Dinge in dem konkreten Zeitpunkte des Handelns durchaus verschieden. Aber eben daraus folgt nun das Zweite: Überall, wo ein der pflichtmässigen Sorgfalt ermangelndes Handeln ein Ereignis verursacht hat, das durch Aufwendung jener pflichtmässigen Sorgfalt vermieden werden konnte, da tritt der Gedanke an die Nichterfüllung der allgemeinen Sorgfaltpflicht, aus welcher möglicherweise auch noch ganz andere schädliche Folgen hervorgehen konnten, für die praktische Betrachtung zurück vor dem einheitlichen Bilde der fahrlässigen Verursachung jenes konkreten Geschehnisses. Und darum beschränkt sich auch — abgesehen immer wieder von besonderen Rechtsverhältnissen — die Gesetzgebung regelmässig darauf, nur die Fahrlässigkeit-Schuld in Hinsicht auf bestimmte dadurch herbeigeführte Folgen oder, was dasselbe besagt, im Hinblick auf die Übertretung bestimmter Einzelnormen als Grund für den Eintritt eigentümlicher Rechtsfolgen, insbesondere von Strafen, ausdrücklich festzustellen.

Wir haben bei den vorstehenden Erörterungen absichtlich vermieden, mit einer in unserer Jurisprudenz beliebten Wendung die Schuld, die dem Fahrlässigen bezüglich der Folgen seiner Handlung zuzuerkennen ist, durch den Hinweis darauf zu motivieren, dass die fraglichen Folgen von ihm hätten vorausgesehen werden können.[9]) Der Grund hierfür war ein zwiefacher. Zuvörderst bildet die Voraussehbarkeit im allgemeinen, d. h. diejenige Voraussehbarkeit oder Berechenbarkeit der Folgen, wie sie überhaupt innerhalb der Grenzen normaler menschlicher Geistestätigkeit liegt, nach unsern früheren Ausführungen (§ 33, Nr. 5ff.) bereits ein wesentliches Merkmal der Verursachung schlechtweg; insoweit wäre es mithin überflüssig, ja inkorrekt gewesen, sie als Motiv — statt als selbstverständliche Voraussetzung — der Schuldzurechnung zu kennzeichnen. Freilich blieb daneben die Frage, ob nicht für den Begriff der Fahrlässigkeit (in Bezug auf eine bestimmte durch den fahrlässig Handelnden herbeigeführte Folge), ausser der für den Begriff der Verursachung wesentlichen, noch eine Voraussehbarkeit anderer Art in Betracht komme, sei

---

[9]) Dass schon Aristoteles die Schuldzurechnung bei fahrlässigen, in Sorglosigkeit (*ἀμέλεια*) vorgenommenen Handlungen gelegentlich davon abhängig gemacht hat, ob die durch sie herbeigeführte Folge wider Erwarten (*παραλόγως*) oder vielmehr nicht wider Erwarten (*μὴ παραλόγως*) eingetreten ist, genauer gesagt, ob sie nach den Lehren der Erfahrung zu erwarten war oder nicht, das ist neuerdings von R. Löning (Gesch. der strafrechtl. Zurechnungslehre, I, S. 230 ff.) scharf betont worden. Kaum verständlich jedoch erscheint mir dessen Behauptung (S. 232), dass dieser Gesichtspunkt von der Folgezeit und besonders auch von der heutigen Strafrechtswissenschaft gar nicht genug berücksichtigt worden sei. Wenn Feuerbach (Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 58) die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit — und damit auch deren Schuldzurechnung im Hinblick auf eine tatsächlich eingetretene Folge — verneint für den Fall, wo „die Handlung oder Unterlassung mit dem gesetzwidrigen Erfolg in so entferntem oder ungewöhnlichem Zusammenhange stand, dass derselbe nicht erwartet werden konnte", so klingt dies doch deutlichst an die Löningsche Übersetzung von *παραλόγως* an. Und was ist denn auch das *μὴ παραλόγως* bei Aristoteles oder m. a. W. das „Erwartet-werden-können" anders, als das „Vorhergesehen-werden-können", von welchem in unserer heutigen Strafrechtswissenschaft allerorten die Rede ist? — Dagegen bedarf es allerdings einer etwas eingehenderen Rechtfertigung, warum ich selbst diesen Gesichtspunkt scheinbar ganz beiseite gelassen habe.

es im Hinblick auf die individuellen Fähigkeiten des Handelnden, sei es unter Aufstellung bestimmter juristischer Maassstäbe. Allein bei reiflicher Überlegung glaubte ich auch diese Frage als durch unsere bisherige Formulierung der fahrlässigen Handlung schon erledigt ansehen zu dürfen. Sehen wir nämlich näher zu, so können juristische Maassstäbe oder Vorschriften offenbar nur aufgestellt werden für die Sorgfalt, die die Rechtsgenossen beobachten sollen, um die möglichen schädlichen Folgen im voraus zu erkennen und dann zu vermeiden, nimmermehr aber für die Voraussicht selbst. Es wäre einfach unsinnig, ein gewisses Voraussehen gebieten oder verbieten zu wollen; der Mangel der Voraussicht eines schädlichen Erfolgs kann daher auch an und für sich ebensowenig eine Pflichtverletzung darstellen, wie in den früher (Nr. 4) erörterten Fällen die tatsächliche Voraussicht eines möglichen, aber zu vermeidenden Erfolges. Die Pflichtverletzung, falls sie überhaupt anzunehmen ist, liegt ganz anderswo: Wie sie beim Dolus eventualis nicht schon in der Erkenntnis der Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit, sondern vielmehr in der bedingten Richtung des Willens auf den möglichen Erfolg besteht, so bei der fahrlässigen Handlung — gleichviel, ob der fragliche rechtswidrige Erfolg gar nicht oder nur als möglicher vorausgesehen war, — immer nur in der freiwilligen Nichtbeobachtung der vom Rechte geforderten Sorgfalt. Natürlich gestaltet sich die Pflicht zur Sorgfalt verschieden, je nachdem der Handelnde bei seiner Handlung die voraussehbaren Folgen gar nicht voraussieht oder sie doch als mögliche erkennt; im ersteren Falle kann man von ihm nicht verlangen, dass er diejenigen besonderen Vorsichtsmaassregeln trifft, die im zweiten Falle als speziell geboten erscheinen. Auch ist zuzugestehen, dass die Konstatierung der individuellen grösseren oder geringeren Befähigung einer bestimmten Person zur Voraussicht bestimmter Folgen ihres Handelns von Bedeutung sein kann für die Entscheidung darüber, was unter den gegebenen Umständen an Sorgfalt oder Umsicht geboten war.[10]) Wenn und soweit dagegen

[10]) Insofern enthält die herrschende Meinung, nach welcher es bei der Feststellung einer fahrlässigen Handlung als solcher in Bezug auf eine dadurch herbeigeführte Folge auf deren nach der Individualität des Handelnden, dem Maasse seiner Kräfte oder geistigen Fähigkeiten mögliche Voraussicht

die Erfüllung oder umgekehrt die Verletzung der Sorgfaltpflicht ausser Zweifel steht, so kommt es im übrigen nicht darauf an, ob der Handelnde die nicht-gewollten Folgen vorhersehen konnte. Hat er jene Pflicht im gegebenen Falle erfüllt, so kann von einer fahrlässigen Handlung schlechterdings nicht die Rede sein; hat er sie verletzt, so ist ihm umgekehrt die durch sein Handeln verursachte rechtswidrige Folge als Schuld und zwar als Fahrlässigkeitsschuld zuzurechnen, ohne dass es eines Nachweises der Voraussehbarkeit — soweit solcher nicht schon durch den Begriff der Verursachung gefordert wird — bedürfte. Desgleichen ist im letzteren Falle das Maass der Schuld je nach dem grösseren oder geringeren Mangel an Sorgfalt, nicht nach der grösseren oder geringeren Voraussehbarkeit der eingetretenen Folgen zu bestimmen.[11])

---

ankommt, einen durchaus richtigen Kern. Wenn im Gegensatze hierzu Liepmann (Einl. in d. Strafr., S. 144ff.) die Berücksichtigung der individuellen Eigenschaften des Handelnden anscheinend gänzlich verwirft, so geht er sicherlich zu weit. So gewiss wir mit ihm darin übereinstimmen, dass es in erster Linie einen objektiven Maassstab für die Entscheidung über den fahrlässigen Charakter einer Handlung geben muss und dass dieser Maassstab nur in einer Forderung des Rechts bezüglich der von dem Handelnden anzuwendenden Sorgfalt oder Umsicht bestehen kann, so gewiss dürfen wir nicht übersehen, dass für die genauere Bestimmung des im einzelnen Falle gebotenen Maasses von Sorgfalt das subjektive Vermögen des Handelnden je nach Umständen die grösste Beachtung verdient. So wäre es z. B. offenbar widersinnig, einem Blinden Mangel an Sorgfalt deshalb vorzuwerfen, weil er etwas nicht gesehen hat, was jeder Andere gesehen haben würde. Wohl lässt sich aus der Tatsache der Blindheit die rechtliche Forderung ableiten, in Bezug auf Dinge, zu denen es irgendwie einer Orientierung im Raume bedarf, ganz besonders vorsichtig zu Werke zu gehen. Aber wenn er diese Forderung erfüllt, so kann ihn unmöglich eine Verantwortung dafür treffen, dass er etwas nicht bemerkt hat, was nur mit Hülfe des Gesichtssinns ohne besondere Schwierigkeit wahrgenommen werden konnte. Wer das Gegenteil behauptet, stellt sich damit unwillkürlich auf den Standpunkt der reinen Erfolgshaftung, wie er mit dem Begriff echter Fahrlässigkeitsschuld nicht in Einklang zu bringen ist. Umgekehrt wird die Erkenntnis, dass der Handelnde individuell sehr wohl befähigt war, die rechtswidrigen Folgen seines Handelns im voraus zu berechnen, für sich allein schon die Vermutung begründen, dass er, wenn nicht vorsätzlich, so zum mindesten nicht mit der pflichtmässigen Sorgfalt gehandelt hat.

[11]) Auf der gleichen Auffassung beruht auch die römische und gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen „culpa lata“ und „culpa levis“. Bei der

Aus unseren bisherigen Erörterungen, namentlich aus der beiläufigen Kennzeichnung der fahrlässigen Handlung als einer freiwilligen Nichtbeobachtung der vom Rechte geforderten Sorgfaltpflicht ist bereits unsere Stellung zu der viel umstrittenen Frage zu entnehmen, ob und in welchem Sinne die Fahrlässigkeitschuld als „Willensschuld" betrachtet werden darf. Doch ist es

---

Anwendung dieser Unterscheidung auf den einzelnen Fall, sowie darüber hinaus, und zumal nach unserem heutigen Rechte, das jene technische Zweiteilung nicht mehr kennt, ist selbstverständlich wieder auf das gewissenhafte richterliche Ermessen, d. h. schliesslich auf das Taktgefühl des Richters zu rekurrieren. Aber das lässt sich nun einmal nicht ändern (vergl. oben Anm. 8), am allerwenigsten durch Betonung der Voraussehbarkeit. Es ist eine arge Selbsttäuschung, wenn R. Löning a. a. O. (vergl. Anm. 9) meint, der Mitwirkung des „Gefühls" entrinnen zu können durch konsequente Verwertung der von ihm gelegentlich bei Aristoteles entdeckten Einteilung der Erfolge in *παραλόγως* und *μὴ παραλόγως* eingetretene. Erkennt doch Löning selbst unwillkürlich an, dass es zur Entscheidung darüber, ob ein gewisser Erfolg erwartet oder nicht erwartet werden durfte, eines eigentümlichen Maassstabes bedarf, auf welchen die von Aristoteles gebrauchten Worte zugleich mit hinweisen: nämlich des Maassstabes vernünftiger Erwägung. Was heisst nun unter den bewandten Umständen „vernünftigerweise"? Für mein Teil möchte ich glauben, dass Aristoteles dabei der Sache nach sich nichts anderes gedacht hat, als was wir mit den Worten bezeichnen: „bei gehöriger Umsicht (Sorgfalt)". Dafür scheint mir vor allem auch die Tatsache zu sprechen, dass in seinen Ausführungen über fahrlässige Delikte — nach den gründlichen Nachweisungen bei Löning, S. 225 ff. — in erster Linie die Sorglosigkeit oder Nachlässigkeit als Grund für die Zurechnung der Folgen zur Schuld hervortritt. Löning freilich ist offenbar nicht dieser Meinung; denn sonst würde er ja zugeben müssen, dass schon zur Beurteilung der „vernünftigen Erwartung" eben der Maassstab anzuwenden sei, den er als zu unbestimmt und gefühlsmässig verwirft. Anderseits kann mit dem „vernünftigerweise" unmöglich alles gemeint sein, was irgend noch innerhalb der Grenzen normalen menschlichen Erkennens liegt und demgemäss von uns als ein wesentliches Erfordernis derjenigen Voraussehbarkeit charakterisiert worden ist, die wir voraussetzen, um auch nur von der blossen Verursachung einer gewissen Folge reden zu können; denn dann müsste man von fahrlässiger Verursachung überall sprechen, wo irgend Verursachung in unserm Sinne anzunehmen wäre, also sogar da, wo der Handelnde zweifellos die grösste Sorgfalt beobachtet hat, aber vermöge seiner besonderen Individualität nicht in der Lage war, die fraglichen Folgen voraussehen zu können. Was bleibt nun übrig? Jedenfalls kein Maassstab, der weniger dehnbar und unbestimmt wäre, als der von uns verteidigte und längst allgemein gebräuchliche.

vielleicht angezeigt, hierbei ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass „Freiwilligkeit" nicht identisch ist mit positivem „Wollen". Ein freiwilliges Tun ist freilich stets auch als ein gewolltes Tun zu denken. Die freiwillige Unterlassung dagegen — und um eine solche handelt es sich — umfasst ausser der direkt gewollten, bewusst vollzogenen Unterlassung auch die nicht-positiv-gewollte Unterlassung, sofern sie nur keine wider Willen aufgenötigte oder erzwungene war. Mit anderen Worten: Nicht bloss die bewusst beschlossene und geübte Nachlässigkeit ist als freiwillige anzusehen, sondern auch die unbewusste, sofern doch dem unachtsam Handelnden die Möglichkeit gegeben war, sich kraft seines Willens zu einem anderen, sorgfältigen Handeln zu bestimmen. Die Fahrlässigkeit begründet also in dem Sinne eine „Willensschuld", als sie das Vorhandensein normaler Willensfähigkeit und damit die Möglichkeit eines sorgfältigen Handelns voraussetzt, dagegen überall ausgeschlossen erscheint, wo der Mangel an Sorgfalt nicht bloss auf das tatsächliche Nichtvorhandensein des pflichtmässigen Wollens, sondern vielmehr auf unfreiwillige Hemmungen der Handlungsfähigkeit zurück zu führen ist.

6. Die Bedeutung des Irrtums für die Schuldzurechnung ist in unseren bisherigen Betrachtungen nur einmal nebenbei ausdrücklich hervorgehoben worden. Vorausgesetzt jedoch ist diese Bedeutung zugleich bei allen unseren Ausführungen über fahrlässige und schuldlos-rechtswidrige Handlungen, indem wir das Gemeinsame beider in dem Nicht-gewollt-sein gewisser Folgen solcher Handlungen oder, noch allgemeiner ausgedrückt, gewisser wesentlicher Merkmale derselben fanden, auf denen ihre (objektive) Rechtswidrigkeit, ihr Widerspruch mit dem Recht beruht. Nur mit dem wichtigen Unterschiede, dass der Irrtum beim fahrlässigen Handeln als unentschuldbar, weil selbst durch Mangel an Sorgfalt herbeigeführt (verschuldet) erscheint, während er beim schuldlos-rechtswidrigen Handeln ein entschuldbarer (unverschuldeter) ist.

Im Grunde genommen ist hiermit auch schon der Boden bereitet für eine richtige Stellungnahme zu der bekannten Streitfrage, wie der Irrtum beschaffen sein müsse, um eine Schuldzurechnung wegen Dolus auszuschliessen. Zum Dolus gehört zweifelsohne der Vorsatz oder Willensentschluss zu einem irgendwie

näher bestimmten Tun oder Unterlassen, das sich nach dieser näheren Bestimmung als ein rechtswidriges qualifiziert. Daraus folgt, dass von einem dolosen Handeln nur die Rede sein kann, wenn in der Vorstellung des Handelnden alle diejenigen tatsächlichen Momente gegenwärtig waren, ohne welche sich sein Handeln nicht als ein Tun oder Unterlassen der also bestimmten Art darstellen würde. Jeder wesentliche Irrtum über eines dieser zur Charakteristik der betreffenden Handlung unentbehrlichen Momente — mag derselbe in einfacher Unkenntnis des Vorhandenseins oder vielmehr in einer anderen, nicht gleichwertigen Vorstellung an Stelle der richtigen (der Wirklichkeit entsprechenden) bestehen — schliesst daher die Annahme eines dolosen Unrechts aus. Es ist hierbei auch völlig gleichgültig, ob ein solcher Irrtum auf einem Mangel in den Rechtsanschauungen des Handelnden oder auf irgendwelchem andern Grunde beruht. Wo das Gesetz behufs der genaueren Bestimmung der Handlungen, die es verbieten will, mit Begriffen operiert, die sich selbst als juristische kennzeichnen und daher ohne eine gewisse, wenn auch nur minimale Rechtskenntnis nicht richtig verstanden werden können, da setzt auch der bezügliche Dolus, der Vorsatz zu einer Handlung von der fraglichen Art, notwendig eine sachlich zutreffende Vorstellung von jenen rechtlich qualifizierten Elementen der Handlung voraus. So ist ein Diebstahlsvorsatz nach § 242 des Str. G. B. nur denkbar, wenn der Täter die weggenommene Sache für eine „fremde" hält und überdies die Wegnahme in der Absicht vollzieht, „sich die Sache rechtswidrig zuzueignen". Natürlich ist dazu nicht erforderlich, dass der Täter im stande ist, die einschlagenden Rechtsbegriffe in ihrer vollen Bedeutung zu erfassen; es genügt, wenn in seiner Vorstellung der Sache nach alles das vorhanden ist, worauf es dem Gesetzgeber beim Gebrauch jener Begriffe wesentlich ankam. Aber wer nur eine durchaus unrichtige oder überhaupt gar keine Vorstellung von den damit bezeichneten Dingen hat, dem kann sein äusserlich rechtswidriges Verhalten nicht als ein vorsätzliches von der im Gesetze verbotenen Art zugerechnet werden.[12])

[12]) In diesem Sinne ist m. E. auch der § 59 unseres Str. G. B. zu verstehen. Leider hat jedoch diese Auffassung noch nicht die volle Anerkennung unserer herrschenden Doktrin und Praxis gefunden. Zwar hat man mehr und

Wir dürfen das Resultat unserer letzten Betrachtungen wohl kurz in den Satz zusammenfassen: Jeder Irrtum über ein wesentliches Stück des Tatbestandes schliesst die Annahme eines dolosen Handelns aus, gleichviel, ob er seinen Grund hat in der ungenügenden Kenntnis rein tatsächlicher oder vielmehr rechtlicher Verhältnisse. Dieses Resultat ist die notwendige logische Konsequenz aus dem Begriffe des Dolus. Es hat einfach keinen Sinn, von einem Vorsatze oder Willensentschlusse zu einem bestimmt charakterisierten Tun oder Unterlassen zu sprechen, wenn man nicht gleichzeitig voraussetzt, dass das Bewusstsein des Handelnden alle wesentlichen Bestandteile dieses So-sich-verhaltens oder m. a. W. alles in sich begreift, was den bestimmten Charakter jenes Tuns oder Unterlassens ausmacht; denn ohne das fehlende Stück würde kein Tun oder Unterlassen von gleicher Art gewollt sein. Eine ganz andere Frage ist dagegen, ob ausserdem auch noch bei dem Handelnden das Bewusstsein davon erforderlich sein soll, dass

---

mehr eingesehen, dass mit der alten Unterscheidung zwischen Rechtsirrtum und faktischem Irrtum nicht durchzukommen ist und dass ein „Nichtkennen von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen", auch seinen ausschliesslichen Grund in einem Rechtsirrtume haben kann. Allein die völlig gekünstelte und durch das Gesetz selbst in keiner Weise nahegelegte Scheidung zwischen den „Tatumständen, welche zu dem gesetzlichen Tatbestande gehören", und den „Begriffsmerkmalen des Verbrechens", deren Unkenntnis nicht entschuldigen soll, sowie die damit zusammenhängende Meinung, dass als entschuldigender Rechtsirrtum nur der „ausserstrafrechtliche" in Betracht komme, bedeuten m. E. einen entschiedenen Rückschritt gegenüber dem Strafgesetzbuche selbst. Wohl liegt auch ihnen ein richtiger Gedanke zu Grunde: die Kenntnis des Strafgesetzes und das entsprechende abstrakte Wissen von dem, was als Begriffsmerkmal eines Verbrechens anzusehen ist, ist natürlich etwas ganz anderes, als die Kenntnis oder das Wissen von dem Vorhandensein bestimmter konkreter Tatumstände, die sich für den juristischen Blick als Begriffsmerkmale jenes Verbrechens darstellen; demgemäss ist auch der Irrtum über den Inhalt des Strafgesetzes mit Einschluss der darin vorausgesetzten primären Norm streng zu unterscheiden von dem Irrtum über konkrete Tatumstände, insbesondere auch über das Bestehen von Rechtsverhältnissen, welche das Strafgesetz bezw. das darin mit enthaltene Verbot als vorhanden voraussetzt. Aber dieser richtige, mit unserer Auffassung völlig übereinstimmende Gedanke hat in den gedachten Ansichten eine falsche oder mindestens unklare Formulierung gefunden und die Folgen dieser Entstellung machen sich deutlich genug in der Rechtsprechung, speziell

die von ihm in der vorgedachten Weise gewollte Handlung zugleich eine rechtlich verbotene und mit bestimmten Rechtsfolgen bedrohte war.

Rücksichtlich der soeben erwähnten Rechtsfolgen herrscht schon jetzt die weitgehendste Übereinstimmung, dass ein auf sie bezüglicher Irrtum — abgesehen von den besonderen Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich Kenntnis der Strafbarkeit als Bedingung für die Bestrafung fordert — für die Schuldzurechnung irrelevant sei. Um so ernster ist, namentlich auch vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik, immer wieder zu prüfen, ob das gleiche auch für den Irrtum über das Verbotensein der gewollten Handlung zu behaupten oder vielmehr die Unkenntnis der übertretenen „Norm" wesentlich anders zu beurteilen sei, als die Unkenntnis der „Strafsatzung". Zwar müssen wir von vornherein jeden Versuch zurückweisen, den Ausschluss des Dolus bei Unkenntnis der verbietenden Norm schon aus dem Begriffe des rechtswidrigen Vorsatzes selbst ableiten zu wollen.[13]) Wohl gibt es deliktische Handlungen, die

auch des Reichsgerichts, bemerkbar. So ist es durchaus widersinnig, zwar das Bestehen einer Ehe, welche Schwägerschaft zwischen zwei Personen begründet, nicht aber das Bestehen dieses Schwägerschaftsverhältnisses selbst den „Tatumständen" im Sinne von Str. G. B. § 59 zuzuzählen. Desgleichen kann es m. E. keinem Zweifel unterliegen, dass der Eigentümer, welcher eine ihm gehörige, aber bei einem Dritten abgepfändete Sache in der Meinung an sich nimmt, er sei hierzu berechtigt, keinesfalls nach Str. G. B. § 289 zu verurteilen ist, gleichviel, ob seine irrige Meinung auf formell- oder materiellrechtlichen Gründen beruht; denn die „rechtswidrige Absicht", die hier ein Kennzeichen der Handlung selbst bildet, wird durch die Vorstellung, ein Recht zu solcher Handlung zu haben, vollständig ausgeschlossen. Weitere Belege s. bei Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Bd. I (1903), S. 118—171. Doch ist bei der Kritik, die Kohlrausch an den Entscheidungen des Reichsgerichts übt, nicht zu übersehen, dass er nach der entgegengesetzten Richtung zu weit zu gehen scheint, indem er dem Irrtum über die „Tatumstände" ausdrücklich nur den Irtum über die „Deliktsfolgen" gegenüberstellt, sodass man vorläufig — bis zu einer etwa im II. Bande zu erwartenden Aufklärung — annehmen muss, er betrachte auch durch den Irrtum über die im Strafgesetze mit enthaltene verbietende „Norm" den bezüglichen Delikts-Vorsatz stets als ausgeschlossen, eine Ansicht, der wir uns, wie sogleich zu zeigen, nicht anschliessen können.

[13]) Es ist eine durchaus willkürliche Behauptung, dass der Zusatz „mit rechtswidriger Absicht" oder kurzweg „rechtswidrig" (widerrechtlich, unbefugt

ihrer besonderen Natur nach gar nicht begangen werden können ohne jede Kenntnis der verbietenden Norm. Man denke z. B. an das schon oben berührte Delikt des Diebstahls: Wer keine Ahnung

---

u. ä. W.), wie er in einer Anzahl von Strafsatzungen ausdrücklich gemacht wird, stillschweigend auch bei allen andern Verboten hinzuzudenken sei; insbesondere ist diese Behauptung nicht damit zu begründen, dass doch auch solche Strafsatzungen, die jenen Zusatz nicht haben, dann nicht zur Anwendung kommen dürften, wenn ein besonderes Recht zur Vornahme der verbotenen Handlung sich nachweisen lasse. Wir wollen ganz davon absehen, dass sich aus diesen Argumenten ebensogut die genau entgegengesetzte Folgerung ziehen lässt und in der Tat schon gezogen worden ist: dass nämlich die Kenntnis der Rechtswidrigkeit auch da nicht zur Annahme einer „rechtswidrigen Absicht" erforderlich sei, wo das Gesetz eine solche Absicht ausdrücklich fordert. Allein vernünftigerweise muss man doch voraussetzen, dass die Fassung der fraglichen Strafsatzungen eine wohl überlegte ist oder m. a. W., dass der Gesetzgeber seinen bestimmten Grund gehabt hat, warum er in gewissen Strafsatzungen jenen Zusatz machte, in den anderen nicht. Und für jeden Unbefangenen liegt dieser Grund auf der Hand: Wo der fragliche Zusatz in einem Strafgesetze auftritt, da ist der Gesetzgeber offenbar von der Ansicht ausgegangen, dass ohne solche Einschaltung in grösserem oder geringerem Umfange auch noch andere Handlungen einer gewissen Gattung verboten erscheinen würden, als er darin wirklich verbieten oder unter Strafe stellen will; wo dagegen kein derartiger Zusatz sich findet, da hat er umgekehrt die mit den übrigen Worten gegebene Charakteristik der strafbaren Handlung für völlig ausreichend erachtet, um das auszudrücken, was darin als verboten und mit Strafe bedroht werden sollte. Ich betone das „darin". Dass eine andere Norm für bestimmte Fälle wieder erlaubt, was durch die vorerwähnte im allgemeinen verboten ist, wird in keiner Weise dadurch ausgeschlossen; vielmehr versteht sich die Beschränkung der allgemeineren Norm (oder vielleicht noch richtiger: die Beschränkung der Geltung der allgemeineren Norm) durch die Spezialnorm nach altbekannten Interpretationsregeln ganz von selbst. Aber die generelle Norm bekommt doch in dem letzterem Falle nicht erst ihren eigenen bestimmten Inhalt durch die Spezialnorm. Und ebendarum kann auch aus derartigen beschränkenden Spezialnormen kein Tatbestandsmerkmal des in der generellen Norm verbotenen Handelns abgeleitet werden. Wo dagegen das Gesetz behufs näherer Charakteristik der Handlungen, die es verbieten will, ausdrücklich auf rechtliche Verhältnisse verweist, deren Nichtberücksichtigung dem betreffenden Verbote einen falschen Sinn, zum mindesten einen zu weiten Umfang geben würde, da gehören naturgemäss diese vorausgesetzten und durch ausdrücklichen Hinweis angedeuteten rechtlichen Beziehungen zum Tatbestande der fraglichen verbotenen Handlungen selbst und demzufolge auch der Irrtum über solche rechtlichen Beziehungen zum Irrtum über Tatumstände.

vom siebenten Gebote des Dekalogs (nach der Lutherschen Zählung) hat, der kann auch gar keine rechte Vorstellung von „Mein und Dein“ und demzufolge ebensowenig einen wahren Diebstahlsvorsatz haben, wie derjenige, welcher die fremde Sache auf Grund einer unrichtigen Rechtsansicht für seine eigene ansieht. Dagegen steht der „Vorsatz, einen Menschen zu töten“, auch dann im Widerspruch mit dem fünften Gebot, wenn der Täter aus Unkenntnis des letzteren ein solches Tun für erlaubt hält; die Nicht-Zurechnung der Tat und zwar speziell als dolose Handlung müsste also anderswie begründet werden, als aus dem Begriff des rechtswidrigen Vorsatzes. Auch kann es kaum einem Zweifel unterliegen, dass unsere heutige deutsche Gesetzgebung im allgemeinen, d. h. soweit sich nicht aus dem besonderen Inhalt einzelner Rechtsvorschriften etwas anderes ergibt, das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der gewollten Handlung nicht als Erfordernis des dolosen Handelns aufstellt. Ebensogewiss jedoch widerstrebt es einem feiner entwickelten Rechtsgefühle, eine rechtswidrige Handlung, die von dem Handelnden ohne das Bewusstsein eines Unrechts oder gar mit der positiven Vorstellung, dass sie erlaubt sei, vorgenommen ist, in der gleichen Weise als schuldbare Handlung zu werten, wie wenn sie mit dem Bewusstsein des Unrechts vorgenommen wäre.

Am schärfsten tritt dies hervor, wo sich der Irrtum des Handelnden nicht unmittelbar auf die durch seine Handlung übertretene Norm, sondern vielmehr auf das Vorhandensein von Tatumständen bezieht, welche das der Regel nach verbotene Verhalten ausnahmsweise zu einem erlaubten oder gar gebotenen machen. Wenn ein ängstlicher Mensch den am Fenster seines Schlafzimmers herumturnenden Nachtwandler niederschiesst, weil er ihn für einen gefährlichen Einbrecher hält, so erscheint eine Verurteilung wegen Totschlags oder Körperverletzung mit tödlichem Erfolge selbst dann noch zu hart, wenn man nach den Zugeständnissen des Täters vorsätzliche überlegte Tötung — also ohne Berücksichtigung des vermeintlichen Notwehrstandes „Mord“ — annehmen müsste. Eine Änderung oder eventuell wenigstens Klarstellung unserer heutigen Gesetzgebung tut hier dringend Not. Es muss in derartigen Fällen die Möglichkeit gegeben sein, entweder — sofern der Irrtum entschuldbar ist — ganz freizusprechen oder doch nach Analogie

der Bestimmungen über die entsprechenden culposen Delikte auf eine erheblich geringere Strafe zu erkennen.[14])

Aber auch die Unkenntnis der übertretenen Normen selbst verdient noch mehr Beachtung, als ihr in unserer bisherigen Gesetzgebung zu teil geworden ist; nur wird sich hier die etwa einzuleitende Reform in einer anderen Richtung zu bewegen haben. Grundsätzlich wird man nach wie vor anerkennen müssen, dass schliesslich jedes Recht von seinen Genossen fordern muss, dass sie ihre Augen offen und demgemäss fortgesetzte Umschau halten, was für Pflichten ihnen obliegen. Jede Versäumung an solchen Pflichten ist ihnen daher regelmässig zur Schuld anzurechnen, wenn sie jene Pflichten nach Lage der Dinge kennen konnten. Im Gebiete des Privatrechts wird dies auch kaum von jemand bestritten. Wir haben jedoch guten Grund, dasselbe Prinzip auch an erster Stelle für das Strafrecht in Anwendung zu bringen, ja sogar für

---

[14]) In der Tat liegt auch hier, soweit der Irrtum nicht entschuldbar erscheint, Fahrlässigkeit, d. h. Mangel an pflichtmässiger Sorgfalt vor. Nur bezieht sich diese Fahrlässigkeit nicht, wie bei den eigentlichen Fahrlässigkeits-Delikten, auf den Inhalt der Handlung selbst oder deren Erfolg, sondern auf bestimmte tatsächliche Voraussetzungen, unter denen die im allgemeinen verbotene Handlnng ausnahmsweise — auf Grund einer gesetzlichen Spezialnorm — erlaubt sein würde. Fraglicher ist schon, ob die irrige Annahme einer solchen — in Wahrheit gar nicht existierenden — Spezialnorm wesentlich gleich eingeschätzt werden soll; doch möchte ich dies für die Regel bejahen. Natürlich sagen wir dies nur de lege ferenda. Dass vom Standpunkte des heutigen deutschen Rechts aus betrachtet die irrige Annahme einer solchen Spezialnorm oder m. a. W. die Vorstellung von einer rechtlichen Befugnis zu einem bestimmten Handeln unter Umständen, bei denen das Recht keine solche Befugnis anerkennt, nicht als ausreichend erscheint, um den Dolus auszuschliessen, geben wir dem Reichsgericht — Entscheidungen Bd. XIX, S. 298 — ohne weiteres zu. Wenn jedoch andere Urteile des Reichsgerichts — vergl. insbesondere Entscheidungen Bd. XXI, S. 189 — davon den Fall der putativen Notwehr infolge irriger Voraussetzung von Tatsachen, die — wenn vorhanden — in der Tat Notwehr rechtfertigen würden, dergestalt scheiden, dass sie wenigstens im letzten Falle keinen „rechtswidrigen Vorsatz" annehmen wollen, so zeugt dies m. E. mehr von natürlichem Rechtsgefühl, als von juristischer Konsequenz. Auch die unmittelbare Anwendbarkeit von Str. G. B. § 59 auf den Fall der putativen Notwehr ist mir höchst zweifelhaft. Wohl aber dürfte der § 59 die geeignete Stelle sein, bei welcher die von uns als wünschenswert bezeichnete Ergänzung oder Klarstellung einzusetzen hätte.

alle erwachsenen Reichsdeutschen, und ebenso für die erwachsenen Angehörigen anderer moderner Kulturstaaten die Vermutung einer ausreichenden allgemeinen Kenntnis derjenigen Rechtspflichten aufzustellen, deren Erfüllung bei Vermeidung krimineller Ahndung gefordert wird. Die „zehn Gebote“ in der Auslegung und Erweiterung, die ihnen nach christlicher Anschauung, beispielsweise nach Luthers kleinem Katechismus zukommt, und wie solche in unseren Schulen schon jedem Kinde nahegebracht werden, sind in ihrem Inhalte so ausserordentlich umfassend, dass ihre Befolgung eine besondere Kenntnis der spezielleren Einzelnormen, deren Übertretung uns als kriminelles Unrecht erscheint, regelmässig überflüssig macht. Dass trotzdem jene Vermutung nicht immer der Wirklichkeit entspricht, darf freilich nicht geleugnet werden. Allein die verhältnismässig seltenen Fälle, um die es sich hier handelt, verlangen sicherlich eine andere Behandlung, als der Irrtum über das Vorhandensein gewisser tatsächlicher Bedingungen, von denen ausnahmsweise die Befugnis zu einem sonst verbotenen Handeln abhängt: sowohl die einfache Verneinung der Schuld, als die Zurechnung der Schuld nach Analogie der Fahrlässigkeitschuld stellt sich bei jener Unkenntnis der allgemeinsten primären Rechtsnormen als unangemessen dar. In der Tat gehören Personen, die auf einer so tiefen Bildungsstufe stehen, entweder in die Kategorie der noch völlig Unreifen, die gleich den Jugendlichen vor allem der Erziehung bedürfen, oder mehr oder weniger in die der Idioten, die teils um ihrer selbst, teils um der Sicherheit der Gesellschaft willen in angemessenen öffentlichen Anstalten unterzubringen sind, welche zwischen Strafanstalten und Erziehungs- oder Heilanstalten gewissermaassen die Mitte halten. Damit ist die Frage der Schuldzurechnung bezüglich solcher Personen für eine offene, praktisch unerhebliche erklärt. Der Schuldgedanke wird nicht schlechtweg zurückgewiesen; hiergegen würde, noch mehr als schon bei Kindern und Geisteskranken, unser natürliches Rechtsgefühl sprechen. Wohl aber nötigt uns die Unmöglichkeit einer genauen Schuldbestimmung und die Verquickung der Schuld mit anderen überragenden Mängeln des geistigen Lebens zu einer gesonderten Behandlung derartiger Fälle, bei welcher die Frage der Schuldzurechnung und entsprechend der Bestrafung hinter dem Bedürfnis der Heilung oder Erziehung,

verbunden mit dem der öffentlichen Sicherheit, vollständig zurücktritt.

Wesentlich anders liegt die Sache allerdings bei dem sogen. Polizei-Unrecht. Dass eine Kenntnis der zahllosen polizeilichen Anordnungen, deren Übertretung mit Strafe bedroht wird, nicht in gleicher Weise vermutet werden kann, wie die Kenntnis der zehn Gebote, versteht sich von selbst. Aber es ist doch auch nicht zu bestreiten, dass der Zweck dieser polizeilichen Anordnungen nur erreicht wird, wenn gleichzeitig jede Nichtbeobachtung unter Strafe gestellt wird, mag sie auch in blosser Vergesslichkeit oder selbst in völliger Unkenntnis ihren Grund haben. Die erstmalige Bestrafung erfolgt dann eventuell bloss darum, weil sich der Übertreter nicht genügend um die Forderungen gekümmert hat, die von der Gesellschaft an ihn gestellt werden. Und die Geringfügigkeit der für solche Polizei-Übertretungen angedrohten Strafen, zumal der im Falle der Unkenntnis naturgemäss in Betracht kommenden Strafminima, lässt dies auch im allgemeinen als gerechtfertigt erscheinen; höchstens wäre zu erwägen, ob nicht gerade für solche Fälle die neuerdings in noch viel weiterem Umfange anempfohlene „bedingte Verurteilung" ganz besonders angebracht sein dürfte.

7. Eine in gewisser Hinsicht ähnliche Bedeutung für die Schuldzurechnung, insbesondere für die speziellere Schuldabmessung, wie sie — in Konsequenz unserer modernen Schuldanschauung — dem Bewusstsein oder Nichtbewusstsein der Rechtswidrigkeit einer Handlung zukommt, lässt sich auch bezüglich der verschiedenartigen Motive des Unrechthandelns konstatieren. Eine deliktische Handlung erscheint uns um so schuldbarer, wenn schon das Motiv dazu mehr oder weniger verwerflich ist; sie erscheint uns umgekehrt minder schuldbar oder sogar entschuldbar, wenn das Motiv an sich moralisch zu billigen ist.

Bis zu einem gewissen Grade ist diese Auffassung schon in unserer bestehenden Gesetzgebung zur Geltung gelangt. Einesteils machen unsere Strafgesetze öfters gewisse besonders geartete Motive zur Bedingung, sei es der Strafbarkeit einer Handlung überhaupt, sei es für die Annahme eines sogen. qualifizierten Delikts. So ist die Absicht, das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder in Verkehr zu bringen, nach Str. G. B. § 146 wesentlich für

das Delikt der Falschmünzerei; so macht die Absicht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Andern Schaden zuzufügen, die Urkundenfälschung nach Str. G. B. § 268 zu einer qualifizierten. Auch die Betonung der Gewohnheits- oder Gewerbsmässigkeit einer gewissen Handlungsweise ist bei näherer Betrachtung — wenn nicht ausschliesslich, so doch teilweise — unter den Gesichtspunkt des Motivs zu bringen. Anderenteils fehlt es aber auch nicht an Bestimmungen, die der relativen Berechtigung oder doch Entschuldbarkeit der Motive einen grösseren oder geringeren Einfluss auf die Schuldzurechnung einräumen. Das an sich wohl begründete Motiv der Selbsterhaltung bei lebensgefährlichen Drohungen oder unverschuldetem Notstande erscheint nach Str. G. B. § 52 und § 54 als ein so erheblicher Entschuldigungsgrund, dass das Gesetz hier die Strafbarkeit der aus solchem Motive heraus begangenen Verbrechen, sofern das Motiv nur wirklich begründet war, vollständig ausschliesst. In gleicher Weise trägt Str. G. B. § 257 dem Motiv der Familienanhänglichkeit Rechnung, indem die einfache Begünstigung für straflos erklärt wird, wenn sie einem Angehörigen bloss zu dem Zwecke gewährt wurde, ihn der Bestrafung zu entziehen; ferner Str. G. B. § 46 in eigentümlich bestimmter Weise dem Motiv der Reue beim Verbrechensversuche usw. Noch viel ausgedehnter ist die Bedeutung der an sich zu billigenden oder doch zu entschuldigenden Motive für die Schuld- und Strafabmessung. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass die so gearteten Motive nicht nur überall Berücksichtigung finden können und sollen, wo dem richterlichen Ermessen für die Festsetzung der Strafe ein mehr oder weniger umfassender Strafrahmen zur Verfügung gestellt ist, sondern insbesondere auch da, wo das Gesetz ausdrücklich von „mildernden Umständen“ spricht.[15])

---

[15]) Dagegen ist der Ausdruck „in minder schweren Fällen“ — namentlich in den §§ 94 und 96 des Str. G. B. — wohl nur auf objektive, äussere Momente zu beziehen. Vergl. die Begründung bei Olshausen, Bem. 7 zu § 94. Wenn H. Seuffert (ein neues Strafgesetzbuch f. Deutschland, S. 45, Anm.) hierauf erwidert, im Gesetze habe diese Meinung keinen Halt, so ignoriert er nicht nur geflissentlich die Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesbestimmungen, auf welche Olshausen mit Recht hingewiesen hat, sondern er übersieht auch,

Doch alle diese Bestimmungen werden für ungenügend erachtet von der in den letzten Jahrzehnten emporgekommenen „neuen Kriminalistenschule", die sich mit aller Energie bemüht, die Bedeutung der äusseren Tat in den Hintergrund zu drängen und mehr oder weniger ausschliesslich die allgemeine leitende Gesinnung des Täters zu betonen. Ihren schärfsten Ausdruck hat diese Strömung gefunden in der Aufstellung des Grundsatzes, dass „nicht die verbrecherische Handlung, sondern der Täter selbst Gegenstand der Bestrafung sei". Freilich lässt gerade diese Formel auch eine Auslegung zu, gegen die kein Unbefangener etwas einzuwenden vermag. Allein wirklich gemeint damit ist, dass der Täter nicht wegen seiner Tat, sondern im Hinblick auf seine ganze Persönlichkeit, wegen seiner „antisozialen Gesinnung" bestraft werden solle. Dass bei strenger Durchführung dieses Gedankens überhaupt nicht mehr von einer Bestrafung wegen Schuld die Rede sein könnte, liegt auf der Hand. Nicht als ob wir den Fortschritt verkennen wollten, der in einer — dem Gange unserer gesamten Rechtsentwickelung entsprechenden — erhöhten Berücksichtigung der psychischen Faktoren bei der Schuldzurechnung erblickt werden darf. Wir geben sogar zu, dass es allenfalls möglich wäre, alles Unrecht, das ein Mensch begangen hat, als Eine grosse Schuld aufzufassen, — gleichwie wir vom Standpunkte der Religion aus den Inbegriff von Sünden, die auf dem Lebenskonto eines Menschen verzeichnet stehen, kurzweg als seine Schuld kennzeichnen. Aber die blosse rechtswidrige Gesinnung als solche darf niemals schon als „Schuld" angesehen werden; wenigstens nicht, so lange man daran festhält, dass der Zweck des Rechts nur darin besteht, das äussere Verhalten von Menschen zu Menschen zu bestimmen.

Erfreulicherweise sind auch die Anhänger der neuen Kriminalistenschule noch weit entfernt davon, mit jenem extremen

---

dass der beiden Paragraphen beigefügte Absatz 2 nur unter der Voraussetzung verständlich wird, dass bei den „minder schweren Fällen" an Fälle gedacht wird, die sich schon ihrer unmittelbaren Erscheinung nach als geringfügiger darstellen. Denn ohne solche Voraussetzung ist gar nicht abzusehen, worin der Unterschied der in dem Zusatze vorgeführten „mildernden Umstände" von denjenigen Tatsachen bestehen soll, die den Fall zu einem „minder schweren" machen.

Grundsatze vollen Ernst zu machen. Im Grunde ist es bloss eine einzige praktische Konsequenz, die man daraus gezogen hat: die gesonderte Behandlung des Gewohnheitsverbrechertums. Und selbst diese Forderung der neuen Schule hat bereits mancherlei Anknüpfungspunkte in der bisherigen Gesetzgebung. Wir haben schon oben darauf hingedeutet, dass die Gewohnheitsmässigkeit unter dem Gesichtspunkte des Motivs schon im geltenden Rechte mehrfache Beachtung gefunden hat: so in der Gestalt bestimmter gewohnheits- und gewerbsmässiger Verbrechen; nicht minder aber auch in der besonderen Hervorhebung des Rückfalls, wenigstens bei gewissen Deliktsarten. Eine grössere oder geringere Erweiterung nach diesen beiden Richtungen hin würde auch den Anhängern der „klassischen Schule" sehr wohl genehm sein. Nur wenn man so weit geht, für den Gewohnheitsverbrecher eine Strafe auf unbestimmte Zeit oder gar — in schwereren Fällen — für das ganze Leben zu fordern, müssen wir von unserm Standpunkte aus Einspruch erheben. Damit ist nicht gesagt, dass wir auch die Gründe, die für eine derartige Ausdehnung der Bestrafung angeführt werden, samt und sonders verwerfen; im Gegenteil, wir dürfen gleichzeitig zugeben, dass die zu solcher Begründung vorgebrachten Tatsachen der ernstesten Prüfung wert sind. Aber eins darf dabei nicht übersehen werden: Nicht die Rücksicht auf irgendwelche Schuld ist hier maassgebend, sondern einzig und allein der Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit, also in Wahrheit nicht sowohl ein subjektives, als vielmehr ein äusseres, objektives Moment. Fast möchte ich sagen: Wir haben hier eine Umkehrung des Verhältnisses vor uns, wie es bei der reinen Erfolgshaftung stattfindet. Während bei dieser, genauer betrachtet, der Erfolg nur der Maassstab für ein Innerliches, für die Verschuldung ist, stellt bei der von der neuen Schule vorgeschlagenen Behandlung der Gewohnheitsverbrecher der in dem gewohnheitsmässigen Handeln hervortretende persönliche Charakter nur den Maassstab dar für den eigentlich maassgebenden Bestrafungsgrund, für die Gemeingefährlichkeit. Und ebendarum sollte man in diesem Falle überhaupt nicht von Strafe, sondern immer bloss von Maassregeln zur Sicherung der Gesellschaft und zur Besserung der verbrecherischen Individuen reden, gleichwie wir dies bei gemeingefährlichen

Geisteskranken längst gewohnt sind. Ob dann die Entscheidung über den Gebrauch solcher Maassregeln im unmittelbaren Anschluss an ein wirkliches Strafurteil und gleichfalls durch den Richter vollzogen werden soll, ist natürlich eine Frage ganz für sich, für deren Beantwortung sehr verschiedene praktische Gesichtspunkte in Betracht kommen können.

Gewissermaassen ein Gegenstück zu der geflissentlich strengen Beurteilung der Gewohnheitsverbrecher bildet die Forderung einer besonders milden Behandlung erstmaliger Gesetzesübertretungen in Gestalt der „bedingten Verurteilung". In der Tat ist auch sie ein charakteristisches Erzeugnis der „neuen Schule". Allein bei Lichte besehen enthält diese Forderung gar nichts, was nicht auch mit unserer Grundanschauung über Schuld und Strafe vereinbar wäre. Einen Beleg dafür bietet schon die augenfällige Verwandtschaft mit „Verweis" und „Warnung", wie solche bald als Strafe für jugendliche Verbrecher, bald auch allgemeiner, namentlich als Disziplinarstrafen, schon in unserm bisherigen Rechte vorkommen. Jedenfalls fusst auch die Einführung einer bedingten Verurteilung auf der Voraussetzung einer Schuld als Grund der Strafe; und wie wir später sehen werden, ist auch aus dem Begriff der Strafe nichts zu entnehmen, was uns hindern müsste, die bedingte Verurteilung als mögliche Strafform anzuerkennen. Der Streit um sie, wie er voraussichtlich noch nicht so bald zur Ruhe kommen wird, kann sich immer nur um die aus praktischen Erfahrungen heraus zu beantwortende Frage drehen: Ist eine solche Strafform geeignet, den Zweck der Strafe zu erfüllen?

Nicht in notwendigem Zusammenhange mit dem oben berührten extremen Grundsatze, wohl aber mit der allgemeinen Tendenz der neuen Schule zur überwiegenden Betonung der psychischen Faktoren im Verbrechen stehen endlich noch drei andere Forderungen, die namentlich auf dem Petersburger Kongress der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung im Jahre 1902, sowie auf den vorausgehenden Versammlungen der verschiedenen Landesgruppen eingehend verhandelt worden sind: die Beseitigung der durch den Erfolg qualifizierten Delikte, die veränderte Wertung des Verbrechens-Versuches und die Umgestaltung der bisherigen Vorschriften über die Teilnahme am Verbrechen. Über den ersten

Punkt habe ich mich bereits oben in Nr. 1 (S. 298 ff.) geäussert, und zwar in teilweise entgegengesetztem Sinne; ich wüsste dem dort Gesagten nichts Wesentliches hinzuzufügen. Dagegen müssen wir den beiden anderen Forderungen noch eine kurze Betrachtung widmen.

8. Beim Erlass unseres Reichsstrafgesetzbuches war man in deutschen Juristenkreisen fast allgemein einverstanden mit der Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen Grundsatze, dass der „Versuch" eines Verbrechens stets milder zu bestrafen sei, als das vollendete Verbrechen. Die entgegengesetzte römisch-rechtliche Anschauung, wie sie im Code pénal eine erneute Sanktion gefunden hatte, schien völlig überwunden.[16])

Für mein Teil habe ich schon sehr früh Bedenken gegen die Unbedingtheit jenes gemeinrechtlichen Grundsatzes gehabt. Vor allem erwuchsen mir solche aus jenen schwersten Verbrechensfällen, in denen eine unbefangene psychologische Analyse „Mordversuch mit nachfolgender culposer Tötung (des bereits Tot-geglaubten)" annehmen muss. Die ältere Doktrin hatte sich hier mit der Supposition eines sogen. Dolus generalis geholfen, der ihr ermöglichte, einen „vollendeten Mord" zu konstruieren; zum Teil fand sie dafür auch eine Unterstützung in der Gesetzgebung. Nachdem jedoch diese gesetzliche Stütze hinweggefallen und überdies der angebliche Dolus generalis als eine blosse Fiktion erkannt war, der nur eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung zu erneuter Kraft

---

[16]) Das preussische Strafgesetzbuch, das auch in seinem § 32 den Einfluss des Code pénal nicht verleugnet, hat doch zugleich dessen Prinzip schon gründlich durchbrochen. Indem es Todesstrafe und lebenslängliches Zuchthaus beim blossen Verbrechensversuche ausschloss, lenkte es gerade an der wichtigsten Stelle wieder in das gemeinrechtliche Fahrwasser ein. Der Grundsatz, dass der Versuch eines Verbrechens wie das Verbrechen selbst bestraft wird, gilt ihm daher, genauer betrachtet, nur für Delikte, auf denen eine zeitliche Freiheitsstrafe steht, und der Unterschied, der in dieser Beziehung zwischen dem preussischen Gesetzbuche und dem ihm nachfolgenden Reichsstrafgesetzbuche besteht, ist praktisch beinahe gleich Null. Denn ob wegen Versuchs auf das für das bezügliche Verbrechen vorgeschriebene gesetzliche Höchstmaass erkannt werden darf oder statt dessen eine Minderung um einen Monat (Zuchthaus) oder gar nur um einen Tag (Gefängnis) eintreten muss, kommt für die schliessliche Wirkung der Strafe so ziemlich auf eins hinaus.

verhelfen könnte, trat hier immer deutlicher eine klaffende Lücke hervor, die nur ausgefüllt werden kann entweder durch besondere Strafsatzungen für die schwersten Versuchsfälle oder durch Abänderung des allgemeinen Grundsatzes von der stets milderen Bestrafung des Versuchs.

Inzwischen ist eine erhebliche Wandlung der Meinungen über die Strafbarkeit des Versuchs eingetreten. Ein Teil unserer Juristenwelt fordert heute als Regel: Gleiche Strafe für den Versuch, wie für das vollendete Verbrechen! Nur ein Milderungsrecht soll dem Richter zustehen, wo „das Ausbleiben des Erfolgs mit einer geringeren Sorgfalt der Vorbereitung, mit einer Unsicherheit in der Ausführung des Verbrechens zusammenhängt, welche auf einen geringeren Grad verbrecherischer Energie hinweisen".

Sollte diese Anschauung der modernen Schule s. Z. die gesetzliche Sanktion finden, so wären natürlich unsere vorerwähnten Bedenken gründlichst erledigt. Dagegen erhebt sich jetzt die Frage: Geht nicht diese Anschauung in der entgegengesetzten Richtung über das richtige Ziel hinaus? So wünschenswert es auch mir erscheint, dass die volle Strafe, die eine gewisse Strafsatzung androht, auch für den Versuch der darunter fallenden Delikte rechtlich möglich gemacht wird, so wenig kann ich mich damit einverstanden erklären, dass die Gleichbehandlung von Versuch und vollendetem Verbrechen zur Regel erhoben werden soll. Zwar gebe ich zu, dass ausser den Versuchsfällen, die in erster Linie mein Bedenken erregten, noch mancherlei andere denkbar sind, in denen ebenfalls die Ausschliessung der Todesstrafe oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe, sofern sie an sich für die betreffende Verbrechens-Art angemessen ist, dem natürlichen Gefühle widerstrebt. Allein nicht minder bin ich überzeugt, dass dieses natürliche Gefühl für die weitaus überwiegende Mehrzahl der Versuchsfälle in der Tat die mildere Beurteilung einfach darum erheischt, weil keine schädliche Folge eingetreten ist.

Unmöglich ist es freilich, dieses natürliche Gefühl zu rechtfertigen oder auch nur zu erklären aus derjenigen Schuldauffassung heraus, die von uns in § 40, Nr. 1 zurückgewiesen wurde. Wenn „Schuld" nichts anderes ist, als die subjektive Beziehung des Unrechthandelnden zu seiner Handlung als solcher, und dann

weiter diese subjektive Beziehung im allgemeinen für Versuch und vollendetes Verbrechen als gleich angesehen wird, so kann der Nicht-Eintritt des Erfolgs immer nur insoweit für die Schuldzurechnung in Betracht kommen, als sich aus ihm ausnahmsweise eine andere subjektive Beziehung zwischen dem Handelnden und seiner Handlung, insbesondere eine geringere Intensität des Willens ergibt. Auch das von der modernen Schule zugestandene richterliche Milderungsrecht dürfte hiernach, streng genommen, nur da ausgeübt werden, wo der an sich vorhandene und durch Versuchshandlungen betätigte verbrecherische Wille nachweisbar zu schwach war, um den Erfolg herbeizuführen.

Wesentlich anders indessen liegt die Sache, wenn man mit uns die subjektive Beziehung des Unrechthandelnden zu seiner Handlung, d. h. im vorliegenden Falle den Willensentschluss zum Verbrechen, bloss als eine unserer heutigen Rechtsanschauung immanente Voraussetzung der Schuldzurechnung betrachtet, neben welcher auch noch andere Voraussetzungen aufgestellt werden können. So wenig es heute jemand einfallen wird, jene erste Voraussetzung wiederum durch die Voraussetzung des Erfolgs — nach dem Vorbilde primitiver Schuldvorstellung — ersetzen zu wollen, so gewiss ist eine gleichzeitige, grössere odere geringere Berücksichtigung der Erfolgsfrage bei der Schuldzurechnung durch die Voranstellung der subjektiven Beziehung des Handelnden zur Handlung keineswegs ausgeschlossen. Vielmehr wird uns eine solche Berücksichtigung durch verschiedene Erwägungen nahegelegt.

Zuvörderst haben wir mit der Tatsache zu rechnen, dass unsere Richter keine unfehlbaren Herzenskündiger sind und deshalb auch niemals im stande, mit völliger Sicherheit festzustellen, ob bei einem noch „unbeendigten Versuche“ die für den Rest der Ausführung erforderliche Willensenergie vorhanden gewesen wäre, wenn den Täter nicht ein äusseres Ereignis an der Ausführung gehindert hätte. Sogar ein rückhaltloses Bekenntnis des Täters, dass er nur durch den Eintritt des bewussten äusseren Hindernisses sich von der weiteren Ausführung habe abhalten lassen, ist kein zuverlässiger Beweis. Natürlich ist er darum auch nicht von jeder Schuld freizusprechen; in der Betätigung seines verbrecherischen Willens durch die Versuchshandlung liegt allein

schon ein Grund zur Schuldzurechnung. Allein jedenfalls ist die hiernach — unter Anerkennung der Möglichkeit einer für die weitere Ausführung unzureichenden Willensenergie — zuzurechnende Schuld als eine geringere anzunehmen im Vergleich mit der bei voller Ausführung zuzuerkennenden. Es folgt dies schon aus dem alten Grundsatze: In dubio pro mitiori!

Kaum minder bedeutsam jedoch ist eine zweite Erwägung, namentlich für den Fall des „beendigten Versuchs", des „délit manqué". Eine allgemeine Voraussetzung geringerer Willensenergie kann natürlich hier nicht in Betracht kommen. Ist doch die eigene persönliche Tätigkeit des Verbrechers genau bis zu dem Punkte gediehen, wo seinem Plane nach der Erfolg dieser Tätigkeit einsetzen sollte. Wenn wir uns nun trotzdem scheuen, die misslungene Tat dem Täter zu gleicher Schuld anzurechnen, wie die erfolgreiche, so dürfen wir uns hierfür teils auf die übliche analoge Würdigung des „Verdienstes" — als des Gegenstückes zur „Schuld" —, teils auf gewisse Erfahrungen berufen, die jeder an seinen eigenen Schuldgefühlen machen kann. So gern wir dem Dichterwort zustimmen: „Ut desint vires, tamen est laudanda voluntas", so wenig glauben wir ernstlich an den Abschluss des Distichons, an das „jam voluisse sat est", auch nicht mit der vom Dichter vorausgeschickten Beschränkung „in magnis rebus". Nicht als ob wir leugnen wollten, dass, vom religiösen Standpunkte aus betrachtet, vor einem höchsten sittlichen Forum (sofern man hier überhaupt von einem Verdienst und nicht vielmehr bloss von Pflichterfüllung reden darf) immer nur das rechte Streben als verdienstlich in die Wagschale fällt, niemals der Erfolg an sich. Jedoch zu solcher Wägung und Entscheidung fähig und berufen ist schliesslich Gott allein; wo Menschen über Menschen urteilen, gibt es tatsächlich keine Wertschätzung ohne jede Rücksicht auf den Erfolg. Das Verdienst des glücklichen Entdeckers oder Siegers wird stets höher eingeschätzt, als das eines gleich begabten, gleich rastlos strebenden Forschers oder Kämpfers, dem das Glück versagt blieb. Man mag über diese Tatsache denken wie man will, die Tatsache selbst lässt sich nicht hinweg disputieren. Und deshalb ist es bloss konsequent, wenn wir auch bei der Wertung der „Schuld", des Widerspiels des „Verdienstes", den Erfolg in

entsprechender Weise berücksichtigen. Noch bestärkt aber werden wir hierin durch die Beobachtung, dass wir bei der Erkenntnis einer eigenen Schuld auch neben der tiefsten Reue doch zugleich eine gewisse Erleichterung derselben empfinden, wenn unsere Handlung nicht den beabsichtigten schädlichen Erfolg gehabt hat. Man darf hiergegen nicht einwenden: diese Empfindung sei einfach zurückzuführen auf das sehr begreifliche Bedürfnis, sich möglichst vor sich selbst zu entschuldigen. Auch wo dies wirklich zutrifft, liegt darin nur ein weiterer Beweis, dass der natürlichen Anschauung des Volkes der Nichteintritt des beabsichtigten schädlichen Erfolgs als zureichender Grund gilt, um die Schuld des Täters geringer anzuschlagen. Allein jener Einwand ist auch gar nicht überall berechtigt. Gerade ein wahrhaft religiös angelegter Mensch, der sich rücksichtslos selber richtet, wird dennoch sich hingerissen sehen, Gott zu danken für die Gnade, dass sein böser Plan zunichte geworden und ihm dadurch eine noch schwerere Schuld erspart geblieben ist.

Übrigens ist leicht zu sehen, dass die Vertreter der modernen Schule mit ihrer eigenen Ansicht in Widerspruch geraten, wenn sie Bestrafung des Versuchs nicht schlechthin für alle mit Vorsatz begangenen Delikte, sondern bloss für die schwereren, vom Gesetze ausdrücklich herauszuhebenden fordern. Von unserem Standpunkte aus bedarf freilich diese im Grundgedanken mit unserer bisherigen Gesetzgebung übereinstimmende Forderung kaum einer besonderen Begründung. Bei einer prinzipiellen Gleichschätzung des Versuchs mit dem vollendeten Verbrechen dagegen erscheint umgekehrt eine solche Beschränkung als völlig unverständlich; das Festhalten an der letzteren spricht also direkt gegen die Richtigkeit des in erster Linie angenommenen Prinzips.

9. Noch weniger vermag ich mich mit dem Vorschlage zu befreunden, die bisherige Lehre von der Teilnahme einfach über Bord zu werfen. Die allgemeine Forderung, dass auch bei einem Zusammenwirken mehrerer Personen zu Einem bestimmten Erfolge jeder Einzelne nach seiner Tätigkeit und deren grösserem oder geringerem Zusammenhange mit dem Erfolge zu beurteilen sei, ist an und für sich gewiss berechtigt. Allein wer aus dieser Forderung ohne weiteres auf die Entbehrlichkeit oder gar Verwerflichkeit

jeder Zusammenfassung dieser Einzeltätigkeiten unter der Vorstellung einer Gesamthandlung und entsprechend auch der begrifflichen Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Teilnahme an dieser Einen Handlung schliesst, der übersieht dabei, wie wir schon in § 35, Nr. 4 näher dargelegt haben, dass die Tätigkeit jedes Einzelnen (von mehreren zu einem bestimmten Zwecke Zusammenwirkenden) immer nur richtig erfasst werden kann bei gleichzeitiger Berücksichtigung der eigenartigen Beziehungen, in welchen sie zu der Tätigkeit der Andern und mit diesen zusammen zu dem etwa eingetretenen oder doch erstrebten Erfolge steht. Dass neben der durchgreifenden begrifflichen Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien solcher Beziehungen auch eine verschiedene Wertschätzung der Einzeltätigkeiten (innerhalb jener Kategorien) möglich ist, dass überhaupt für die Beurteilung der verschiedenen Teilnehmer an einem Verbrechen ausser der Art der Teilnahme noch alle sonst denkbaren Gründe der Schuldzurechnung in Betracht kommen können, haben natürlich auch die Anhänger der bisherigen Theorien von der Teilnahme niemals geleugnet.

Forschen wir nun allerdings auf der in § 35, Nr. 4 gewonnenen Grundlage weiter, welche Bedeutung den dort erörterten Begriffen „Anstiftung, Mittäterschaft und Beihülfe“ speziell für die Schuldzurechnung zukommt, so muss ich mit einem Zugeständnis an unsere Gegner beginnen: Ich muss anerkennen, dass — bloss vom Standpunkte der Schuldzurechnung aus betrachtet — auf eine besondere Rechtsvorschrift über „Anstiftung“ allenfalls verzichtet werden könnte. In der Tat würde der Begriff der „mittelbaren Täterschaft“ oder „intellektueller Urheberschaft“, wie er nach unseren früheren Ausführungen mit dem der Anstiftung unter allen Umständen zu verbinden ist, für sich allein schon ausreichen, um danach die Schuld des Anstifters richtig einzuschätzen. Ja, ich will sogar zugeben, dass in gewissen Fällen die konsequente Durchführung dieses Begriffs zu Resultaten führen könnte, die unserem ethischen Empfinden besser entsprächen, als die aus Str. G. B. § 48 sich ergebenden. So würde es, wenn uns nicht dieser Paragraph eine nicht in Abrede zu stellende Fessel auferlegte, vielleicht möglich sein, die blosse Anstiftung als solche und selbst den Versuch der Anstiftung als Anfang der Ausführung derjenigen strafbaren

Handlung aufzufassen, die ihre Vollendung erst durch die Tätigkeit des Angestifteten findet. Indessen liegt hierin keinesfalls ein Beweis gegen die Brauchbarkeit des Begriffs der Anstiftung überhaupt. Denn das ethisch-praktische Bedürfnis zu weitergehenden Strafandrohungen, soweit es wirklich begründet sein sollte, lässt sich ebenso leicht und sehr viel sicherer durch eine Modifikation der bisherigen Gesetzesvorschrift über Anstiftung befriedigen; der § 49a des Str. G. B. bezeichnet ja bereits einen ziemlich weitgehenden Schritt in dieser Richtung, es würde aber ganz wohl möglich sein, den Anstiftungs-Versuch allgemein unter Strafe zu stellen, und zwar nach Analogie des Versuchs derjenigen Delikte, zu welchen angestiftet werden sollte.[17]) Ganz zu schweigen davon, dass in einer Reihe anderer Fälle, speziell bei Sonderdelikten, der Gesichtspunkt der Anstiftung zu entschieden annehmbareren Ergebnissen führt, als der Nachweis mittelbarer Täterschaft. So verständlich es ist, dass ein Nicht-Beamter einen Beamten zu einem Beamtendelikte, eine Civilperson einen Soldaten zu einem Militärvergehen anstiftet, so sehr widerstrebt es dem natürlichen Gefühle, den Nicht-Beamten als mittelbaren Täter des Beamtendelikts, den Civilisten als mittelbaren Täter des Militärvergehens zu bezeichnen.

Ungleich notwendiger noch erscheint das Festhalten an der Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihülfe. Vor allem ist leicht zu sehen, dass für eine ganze Reihe von Handlungen, die

---

[17]) Für die in gewissem Sinne verwandte Frage, ob es eine Teilnahme an der Anstiftung gibt, ist es m. E. gleichgültig, ob man von dem Begriff der Anstiftung oder dem der mittelbaren Täterschaft ausgeht. Ich kenne keinen triftigen Grund, warum man eine gemeinschaftliche Anstiftung (analog der Mittäterschaft) zu einem Verbrechen, desgleichen eine Beihülfe zur Anstiftung und selbst eine Anstiftung zur Anstiftung für unmöglich erachten müsste. Freilich ist die „Anstiftung" des § 48 des Str. G. B. kein selbständiges Delikt. Aber daraus folgt doch nur, dass die Unselbständigkeit, die ihr hiernach anhaftet — sofern nämlich ihre Strafbarkeit abhängt von irgendwelcher Ausführung (zum mindesten einem Versuch) desjenigen Delikts, nach welchem sich die Strafe des Anstifters bestimmen soll —, in gleicher Weise auch für die Teilnahme an der Anstiftung angenommen werden muss. Würde diese Unselbständigkeit durch Strafbarerklärung schon des Anstiftungsversuchs aufgehoben, so wäre sie natürlich auch für die Teilnahme an der Anstiftung beseitigt.

nach dem bisherigen Rechte als Gehülfen-Handlungen eine unserem natürlichen Rechtsgefühle entsprechende Beurteilung und Bestrafung fanden, im Mangel einer besonderen Rechtsvorschrift über Beihülfe kurzweg Straflosigkeit eintreten würde. Denn eine unmittelbare Subsumtion der Hülfeleistung zu einer Handlung unter den Begriff dieser Handlung selbst, wie sie in einer gewissen Einzelstrafsatzung mit Strafe bedroht ist, muss fast regelmässig als unmöglich betrachtet werden. Das Wachestehen bei einem Diebstahle oder das Halten der Leiter, auf welchem der Dieb einsteigt, fällt wohl unter den uns längst vertrauten Begriff der Teilnahme am Diebstahle, aber nimmermehr unter den gesetzlichen Tatbestand des Diebstahls an sich, gleichwie auch das Halten der Leiter nicht unter den Begriff des Einsteigens zu bringen ist. Dies gilt sogar in Fällen, wo die Gehülfen-Handlung als notwendige Bedingung für die Handlung des Täters betrachtet, also angenommen werden darf, dass ohne die gewährte Hülfe die Haupthandlung unterblieben wäre. Um wie viel mehr da, wo auch von Mitverursachung des Erfolgs durch die Gehülfen-Handlung nicht die Rede sein kann![18]) Dass dem hiermit gekennzeichneten unleugbaren praktischen Bedürfnisse nicht durch spezielle Aufzählung einzelner strafbarer Gehülfen-Handlungen oder durch Erweiterung der Einzelstrafsatzungen Rechnung getragen werden kann, bedarf wohl keiner näheren Auseinandersetzung. Es bliebe mithin nur übrig, neben diese Einzelstrafsatzungen, durch welche unmittelbar immer bloss die Täter — allenfalls mit Einschluss der intellektuellen Urheber — getroffen werden, wenigstens noch eine allgemeinere zu setzen, durch welche auch die blosse Beteiligung an einem Delikte in irgendwelcher Weise als strafbar erklärt wird, d. h. an Stelle mehrerer genau

---

[18]) Dass es solche Fälle gibt, dass insbesondere das schon im Texte erwähnte Wachestehen und Leiterhalten hierhin gehört, sofern der Täter auch ohne solche Unterstützung die Tat ausgeführt hätte, wird selbst von Juristen zugegeben, die den Begriff der Ursache im ontologischen Sinne auch im Strafrecht verwandt wissen wollen, mithin Anhänger der sogen. herrschenden Kausalitätslehre sind, aber zugleich Gegner einer rein subjektivistischen Auffassung in der Lehre von der Teilnahme. So namentlich von Haupt (Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 202 ff.), dessen hierauf bezügliche Ausführungen noch in keiner Weise widerlegt sind.

bestimmter Arten der Teilnahme einen einzigen vagen Begriff, auf welchem Doktrin und Praxis schliesslich doch wieder eine Art Lehre von der Teilnahme aufbauen müssten.

Aber auch dem Begriff der Mittäterschaft, zumal in dem von uns bereits in § 35, Nr. 4 verteidigten subjektivistischen Sinne, kommt eine erhebliche praktische Bedeutung zu, die am allerwenigsten von denen verkannt werden sollte, die eine erhöhte Berücksichtigung der psychischen Elemente im Verbrechen erstreben. Besteht diese doch gerade darin, dass hier die innere Stellung der mehreren Beteiligten dergestalt bei der Schuldzurechnung den Ausschlag gibt, dass die äussere Tätigkeit des Einzelnen, sofern sie nur irgend noch Betätigung des auf die gemeinschaftliche Tat gerichteten Willens ist, dagegen völlig in den Hintergrund tritt. Freilich existiert jede derartige gemeinschaftliche Tat oder Gesamthandlung, wie wir schon wiederholt betont haben, als solche immer bloss in der Vorstellung denkender Menschen. Und darum mag man meinethalben von einem blossen Phantasiegebilde oder gar von einer Fiktion reden. Die Berechtigung aber, eine solche Vorstellung zu einer Grundlage der Schuldzurechnung zu machen, ergibt sich aus der einfachen Tatsache, dass diese Vorstellung für das Handeln der zu beurteilenden Subjekte selbst maassgebend war. Wo wir von Mittätern sprechen, da stellen sich eben die mehreren Beteiligten ihre Einzelhandlungen als Glieder einer gemeinsamen Gesamthandlung vor; sie wollen sie als solche ausführen oder, etwas anders ausgedrückt, jeder Einzelne will die Tat als Ganzes und dieses Ganze als seine, wenngleich in Gemeinschaft mit Andern ausgeführte Tat. Es ist nur eine Konsequenz dieser Anschauung der Mittäter selbst, dass jeder Mittäter grundsätzlich für die ganze Tat als verantwortlich angesehen und demgemäss die Verschiedenartigkeit der äusseren Beteiligung nur insoweit bei der Schuldzurechnung in Betracht gezogen wird, als daraus etwa auf eine grössere oder geringere Intensität des verbrecherischen Willens geschlossen werden darf.

Sehen wir recht, so liegt der Grundirrtum der gegnerischen Ansicht — sowohl der objektivistischen Doktrin, als der modernen Kriminalistenschule — in der willkürlichen Voraussetzung, dass eine Schuld immer nur bei Handlungen anzunehmen sei, die ent-

weder als solche speziell verboten sind oder doch Bedingungen für einen Erfolg darstellen, dessen Herbeiführung verboten ist. Man übersieht dabei zunächst, dass eine Schuld schon als blosse Gedankenschuld denkbar ist. Allerdings ist diese Art der Schuldzurechnung dem positiven Rechte in der Regel fremd, wie sich dies einfach aus dem allgemeinen Zwecke des Rechts erklärt, nur das äussere Verhalten der Menschen zu bestimmen. Allein die Möglichkeit sogar einer eigentümlichen rechtlichen Zurechnung blosser Gedankenschuld beweist u. a. die kanonisch-rechtliche Jurisdictio in foro interno. Um viel näher noch liegt eine rechtliche Schuldzurechnung überall da, wo der rechtswidrige Wille sich bereits irgendwie durch Handlungen betätigt hat, sei es auch nur durch solche, die als wirkliche Ursachen oder Bedingungen des die Rechtswidrigkeit von Wille und Handlung begründenden Erfolgs nicht angesehen werden können. Wen diese Anschauung auf den ersten Anblick gar zu seltsam anmutet, der denke doch einmal an die Schuld bei blossen Versuchshandlungen, zumal beim Versuche mit untauglichen Mitteln! Wer in mörderischer Absicht einem Getränk Arsenik zusetzen will, aber aus Versehen statt dessen nur ein völlig unschädliches Zucker- oder Natronpulver beimischt, setzt damit tatsächlich keine Bedingung für den beabsichtigten Erfolg. Man wird uns wahrscheinlich einhalten: Auch in diesem Falle müsse der Handelnde doch wenigstens der Meinung sein, dass er mit seiner Handlung eine Bedingung des beabsichtigten Erfolgs setze. Ganz recht! Ohne diese Meinung, ohne jede Vorstellung von der Handlung als Erfolgs-Bedingung, gibt es in der Tat keine wahre Versuchshandlung. Allein damit wird doch die Kausalitätsfrage, sofern man überhaupt hier noch von einer solchen reden darf, vollständig in das handelnde Subjekt hineinverlegt. Ferner ist sofort klar, dass diese rein subjektive Entscheidung der Kausalitätsfrage jedenfalls für alle diejenigen Fälle der Teilnahme genügen muss, in denen das beabsichtigte Verbrechen nicht über den Versuch hinausgekommen ist. Anderseits bestreiten wir gar nicht, dass diese subjektive Vorstellung von der eigenen Handlung als einer Bedingung des beabsichtigten Erfolgs auch bei der Mittäterschaft vorhanden sein muss. Im Gegenteil, wir nehmen mit Grund an, dass diese Vorstellung schon unmittelbar mit enthalten

ist in der aller Mittäterschaft charakteristischen Anschauung, dass die eigene — wenn auch für sich noch so geringfügige — Handlung des Einzelnen ein Glied in der Kette von Handlungen bildet, die zusammen als gemeinschaftliche Handlung gedacht werden. Wie aber hiernach bei unvollendet gebliebenen Verbrechen überhaupt nur eine subjektivistische Theorie der Teilnahme möglich, so ist auch nicht abzusehen, warum diese im Falle der Vollendung des Verbrechens durch eine objektivistische ersetzt werden müsste; namentlich nicht, wenn man bedenkt, dass die schon oben in Nr. 8 berührte Zeitströmung auf eine grundsätzliche Gleichstellung der Versuchs-Schuld mit der Schuld am vollendeten Verbrechen — mindestens bezüglich des anzunehmenden Höchstbetrages — hindrängt.

Mit den vorstehenden Bemerkungen ist das Grundprinzip für die gleichmässige Bewertung aller Mittäter bereits gegeben. Wer seine eigene Handlung als Teil einer gemeinschaftlichen Handlung ansieht und ausführt, ist an der Gesamthandlung in wesentlich gleicher Weise schuldig, wie die anderen Mittäter; das Maass der äusseren Beteiligung ist nach Vorstellung und Absicht der gemeinschaftlich Handelnden bedeutungslos für die Verantwortlichkeit, sofern es sich nur innerhalb der Grenzen des gemeinschaftlichen Handelns hält. Eine verschiedene Schuldabmessung bei mehreren Mittätern lässt sich mithin nur etwa begründen durch den Nachweis einer verschieden gearteten Energie des rechtswidrigen Willens.

Nicht so einfach gestaltet sich die Bewertung der Beihülfe. Im Anschluss an die subjektivistische Theorie haben wir den Unterschied des Gehülfen vom Mittäter darin gefunden, dass er die Tat, zu welcher er Hülfe leistet, nicht als seine eigene, auch nicht als eine ihm mit dem Täter gemeinschaftliche, sondern als eine fremde Tat ansieht. Allein so gewiss hiermit eine anders geartete psychologische Stellung zu der Haupttat und deren Erfolge gekennzeichnet wird, als es die des Mittäters ist, so wenig ist hieraus eine schlechthin geringere Schuld abzuleiten, als die dem Täter zuzurechnende. Wohl kann man sagen, dass der Gehülfe — eben indem er die Haupthandlung als eine fremde anschaut — sich entweder gar nicht oder wenigstens nicht in derselben Weise für diese verantwortlich fühlt. Aber eine Verantwortlichkeit auch

für die fremde Tat und deren Erfolg besteht für ihn schon darum, weil er die Hülfeleistung zu einem bestimmten Zwecke gar nicht wollen kann, ohne zugleich diesen Zweck selbst wenigstens bedingterweise (eventuell) mit zu wollen. Geht man nun davon aus, dass bezüglich der Schuldbemessung der Dolus eventualis im Prinzip mit dem direkten Dolus auf die gleiche Stufe zu stellen ist, so würde hieraus auch für die Beihülfe zu folgern sein, dass sie keinesfalls allgemeinhin nur eine geringere Schuld begründe, als die Täterschaft. Und in der Tat möchte ich diese Folgerung mindestens in dem Sinne für richtig halten, dass sich Fälle denken lassen, in denen die Schuld des Gehülfen nicht geringer ist, als die des Täters. Je enger die Verbindung der Hülfshandlung mit der Haupttat ist, je mehr dementsprechend auch der eventuelle Dolus bezüglich der letzteren sich dem direkten Dolus annähert, um so weniger ist Anlass vorhanden, den Verbrechens-Wert der Gehülfen-Handlung niedriger einzuschätzen, als den der Täterhandlung. Ja, es ist sehr wohl möglich, dass die energische Betätigung des Gehülfen-Willens für die Ausführung der Haupttat entscheidender ist, als der relativ schwache Wille des Täters, — ohne dass man jedoch von einer Anstiftung des Täters durch den Gehülfen reden könnte. Dagegen scheint es mir allerdings gerechtfertigt, dass das Mindestmaass der Schuld und entsprechend der gesetzlichen Strafe für den Gehülfen tiefer angesetzt wird, als für den Täter. Je geringer die Beistandleistung ist und je weiter der eventuelle Dolus bezüglich der Haupttat sich von dem direkten entfernt, um so mehr widerstrebt uns die Gleichbehandlung des Gehülfen mit dem Täter. Am schärfsten tritt dies hervor, wenn die anzuwendende Strafsatzung nur eine absolute Strafe, wie die Todesstrafe kennt.[19]) Aber wenn man in solchen Fällen eine

---

[19]) Nehmen wir z. B. folgenden Fall: Der A. verlangt vom Apotheker B. eine Strychninpille, angeblich behufs Tötung seines alten Jagdhundes; der B. verkauft sie ihm, obgleich er aus weiteren Äusserungen des A. und verschiedenen anderen Umständen mit Bestimmtheit schliesst, der A. wolle seine Frau vergiften; in der Tat stirbt die Frau des A. bald darauf infolge des durch letzteren ihr beigebrachten Giftes. Wenn man das Wort „wissentlich" in § 49 des Str. G. B. nicht in ganz unzulässiger Weise pressen will, so wird man nicht zweifeln können, dass in dem Verkaufen der Pille Beihülfe zur Tötung der

mildere Strafe für den Gehülfen zulässt, so muss man folgerichtig auch bei relativen Strafsatzungen ein Heruntergehen unter das angedrohte Minimum für die Beihülfe möglich machen, vorausgesetzt natürlich, dass das fragliche Minimum nicht selbst schon das tiefste überhaupt verwendbare ist.

10. Nach all den Erörterungen des vorliegenden, sowie des vorausgehenden Paragraphen ist es vielleicht an der Zeit, uns einmal wieder zu fragen: Was für eine Bedeutung haben eigentlich diese Erörterungen für die juristische Prinzipienlehre?

In der Tat nichts weiter, als dass darin eine Reihe von möglichen Gründen der Schuldzurechnung vorgeführt und unter verschiedenen Gesichtspunkten untersucht worden ist. Obendrein muss ich hierbei noch das Zugeständnis machen, dass ich mich in der Darstellung nur wenig von der Rücksicht auf die wesentlich formalen Bedürfnisse der juristischen Prinzipienlehre habe leiten lassen: Nicht als blosse Möglichkeiten, die aber mit allen denkbaren Modifikationen ins Auge zu fassen wären, habe ich die verschiedenen Schuldzurechnungs-Gründe behandelt, sondern — namentlich in § 43 — als uns unmittelbar interessierende Wirklichkeits-Faktoren, wie sie teils dem positiven Rechtsbestande insbesondere in unserm Deutschen Reiche zu Grunde liegen, teils im bewussten Gegensatze dazu die moderne Wissenschaft beeinflussen.

Indes darf ich wohl hoffen, dass freundlich gesinnte Leser mir für diese und andere Abweichungen von meiner eigentlichen Aufgabe Indemnität erteilen werden.

Frau des A. vorliegt. Sicherlich jedoch wäre es ungerecht, den B. mit derselben Todesstrafe zu belegen, wie den A. Ohne die Möglichkeit einer milderen Bestrafung, wie sie § 49 bereits gibt, würden Geschworene in solchem Falle leicht versucht sein, vollständig freizusprechen.

Fünfter Abschnitt.

Die Geltungsbewährung des Rechts wider das Unrecht.

§ 44.

Aus der allem Rechte innewohnenden Tendenz, sich als geltend und damit als Recht zu bewähren, ergibt sich für jede Rechtsgemeinschaft und ihre Genossen die Pflicht, das Unrecht in jeder Gestalt und nach jeder Richtung hin zu bekämpfen. Als Rechtsbewährung im engern Sinne aber, d. h. als Geltungsbewährung des Rechts selbst wider das Unrecht, erscheint diese Bekämpfung nur, sofern sie geregelt ist durch speziell hierfür bestimmte sekundäre Rechtsnormen.

Daraus folgt zugleich: Was wir früher schon als die beste und natürlichste Geltungsbewährung des Rechts bezeichnet haben — jene freiwillige Beobachtung der Pflichten, in der sich die stille aber wirksame Macht des Rechts über die Gemüter der Genossen unmittelbar offenbart —, bildet schliesslich auch die unentbehrliche Voraussetzung für die Rechtsbewährung im engern Sinne. Denn der zur Bekämpfung des Unrechts bestimmte Apparat sekundärer Rechtsnormen kann nur dann richtig funktionieren, wenn diese Normen anerkannt und beobachtet werden von denen, an die sie sich richten.

1. Die vorstehenden Leitsätze, die in aller Kürze die Grundlage unserer weiteren Erörterungen über die Rechtsbewährung im engern Sinne umschreiben, knüpfen unmittelbar an die Betrachtungen an, welche wir einleitungsweise bereits in § 30 angestellt haben. Aber sie bieten zugleich eine notwendige Ergänzung dazu.

Ausgehend von der Erkenntnis, dass zwar die Tendenz der Geltungsbewährung schon mit dem Wesen oder Begriff des Rechts gegeben, dagegen alle Anwendung äusseren Zwanges immer nur

ein wegen der Möglichkeit und tatsächlichen Mannigfaltigkeit rechtswidrigen Verhaltens nicht zu entbehrender Notbehelf ist, haben wir die „Rechtsbewährung im engern Sinne“ zurückgeführt auf ein System sekundärer Rechtsnormen, die dem Zwecke dienen, die Geltung des Rechts im Gegensatze zum Unrecht fortgesetzt zu erhalten und zum Ausdruck zu bringen. Damit war diese „Rechtsbewährung“ nach einer zwiefachen Richtung hin abgegrenzt: einerseits gegenüber der fortlaufenden tatsächlichen Beobachtung der primären Rechtsnormen als der eigentlich natürlichsten und darum besten Art der Geltungsbewährung, anderseits gegenüber allen Arten von Zwangsanwendung, die sich nicht gegen Unrecht, sondern vielmehr gegen irgendwelche sonstige Störungen und Hemmungen des Lebens richten.

Mit den jetzt vorangestellten Leitsätzen ist jedoch noch eine weitere Abgrenzung an die Hand gegeben. Indem wir hierin die Rechtsbewährung im engern Sinne unter den allgemeineren Gesichtspunkt der „Bekämpfung des Unrechts“ stellen, gleichzeitig aber auch von neuem hervorheben, was ihr als Geltungsbewährung des Rechts eigentümlich ist, unterscheiden wir sie auch von jeder anders gearteten Bekämpfung des Unrechts. Und zwar bewegt sich diese Unterscheidung und Abgrenzung wiederum in einer doppelten Richtung.

Fürs erste versteht sich von selbst, dass eine Bekämpfung des Unrechts durch ein anderes Unrecht niemals Rechtsbewährung sein kann; denn ein Unrechthandeln im Namen des Rechts ist ein Widerspruch in sich selbst. Allerdings ist hierbei wohl zu beachten, dass dieselbe Handlungsweise, die in der Regel als rechtswidrig sich darstellt, unter besonderen Umständen, und so namentlich auch zum Zwecke der Abwehr oder der Anspruchsbefriedigung, nach dem gleichen positiven Rechte erlaubt, ja bisweilen sogar geboten sein kann. Man denke z. B. an die weitgehende Befugnis zur Selbsthülfe und die eventuelle Pflicht zur Genossenhülfe in den Rechten jugendlicher Völker; desgleichen an die Notwehr und die freilich sehr beschränkte Selbsthülfe unseres heutigen Rechts. Immerhin ändert diese Beobachtung nichts an der Richtigkeit des vorausgeschickten Grundsatzes. Die verbotene Selbsthülfe, wo sie tatsächlich geübt wird, ist keinesfalls Rechtsbewährung, sondern

höchstens Rechtsmissbrauch; ebenso die Anwendung staatlicher Zwangsmittel ohne gesetzlichen Grund oder unter Nichtachtung wesentlicher Formvorschriften.

Zum zweiten gibt es eine Bekämpfung des Unrechts, die auf jede Anwendung bezw. Androhung äusseren Zwanges oder sonstiger äusserer Nachteile verzichtet und darum in ausgedehntestem Maasse erlaubt, öfters auch noch obendrein in bestimmter Weise — auch rechtlich — gefordert und organisiert erscheint. Vor allem fällt unter diesen Gesichtspunkt das gesamte Unterrichtswesen, sofern es eine methodisch fortschreitende Belehrung über die Bedeutung und die Folgen des Unrechts erstrebt. So wichtig diese Tätigkeit, wie überhaupt alles, was zur Erziehung eines Menschen gehört, für den Kampf wider das Unrecht ist, so gewiss ist sie nicht als eine Art der Rechtsbewährung (im engern Sinne) zu betrachten; denn auch da, wo sie auf einem mehr oder minder umfassenden System von Rechtsvorschriften beruht, sind dies doch keine Rechtsnormen, die speziell für den Kampf wider das Unrecht oder für die Geltungsbewährung des Rechts bestimmt wären.[1])

2. Eine weitere Ergänzung, die unsere obigen Leitsätze zu den vorläufigen Ausführungen in § 30 hinzubringen sollen, besteht in der besonderen Hervorhebung der Tatsache, dass auch die Rechtsbewährung im engern Sinn im letzten Grunde beruht auf jener besten und natürlichsten Art der Geltungsbewährung alles Rechts, die wir gewöhnlich gar nicht mit diesem Titel bedenken: auf der mehr oder weniger freiwilligen Beobachtung der Rechtsnormen. Ist die Rechtsbewährung im engern Sinne, die tatsächliche Anwendung des rechtlichen Zwangsapparates, immer nur nötig

[1]) Natürlich ist mit der Belehrung und Unterweisung nicht zu verwechseln die regelmässig nebenhergehende „Zucht", die für Schule und Kirche, Haus und Vereine kaum minder wichtig ist, als jene. Sofern diese „Zucht" gerade die Aufrechterhaltung der betreffenden Gemeinschaftsordnung auf Grund speziell hierfür bestimmter Gemeinschaftsnormen zum Zwecke hat, fällt sie in der Tat unter den Begriff der Rechtsbewährung im engern Sinne. Nur bezeichnet der Ausdruck „Zucht" nicht eine besondere einzelne Art von Rechtsbewährung, sondern einen mehr oder weniger umfassenden Inbegriff solcher Arten, bezogen auf einen kleineren (meist subordinierten) Gemeinschaftskreis. Wir werden daher der „Zucht" bei Betrachtung der verschiedenen Arten von Rechtsbewährung noch mehrfach wieder begegnen.

um des Unrechts willen, d. h. weil die primären Rechtsnormen nicht immer so beobachtet werden, wie sie es sollten, so ist doch zugleich die Wirksamkeit der jenen Zwangsapparat regulierenden sekundären Normen ihrerseits wiederum abhängig von der wirklichen Beobachtung der letzteren seitens der hierzu Berufenen. Und diese Beobachtung kann in der Hauptsache nur als eine mehr oder weniger freiwillige gedacht werden. Man darf hiergegen nicht geltend machen, dass hinter dem Zwangsapparat der sekundären Normen doch abermals ein anderer rechtlicher Zwangsapparat stehe. Einmal führt die Herstellung derartiger Zwangsapparate höherer Potenz durch Sanktion tertiärer usw. Rechtsnormen notwendig — und zwar sehr bald — zu einem Punkte, wo ein weiterer äusserer Zwang unmöglich wird. Anderseits liegt auf der Hand, dass ein solcher Zwang höherer Potenz noch viel weniger ein zureichendes Surrogat für die freiwillige Beobachtung der sekundären Normen seitens der Richter, Verwaltungsbeamten usw. zu bieten vermag, als der unmittelbar hinter den primären Normen stehende für die Erfüllung dieser. Wo wirklich einmal die in erster Linie zur Ausführung der sekundären Rechtsnormen berufenen Gemeinschaftsorgane in grösserem Umfange den Dienst versagen, da ist regelmässig auch schon deren Disziplinierung in Frage gestellt; und selber da, wo solche in Gang gesetzt wird, ist dadurch allein der Geltung des Rechts in dem betreffenden Gebiete kaum noch aufzuhelfen.

Damit wollen wir natürlich nicht bestreiten, dass gerade auch die Möglichkeit einer eventuellen Disziplinierung ein bedeutsames Motiv zu pflichtmässigem Handeln — neben andern, ethisch wertvolleren Motiven — bilden kann. Am allerwenigsten denken wir bei der „freiwilligen" Beobachtung der Rechtsnormen, die wir schliesslich auch als Grundlage der Rechtsbewährung im engern Sinne betrachten, an ein schlechthin willkürliches, d. h. grundloses und zufälliges Gebaren. Um jedes Missverständnis in dieser Hinsicht zu vermeiden, habe ich vor das „freiwillig" gelegentlich noch ein „mehr oder weniger" gesetzt; nach unseren Ausführungen über die Willensfreiheit in § 41 ist dies jedoch eigentlich ganz überflüssig, zumal im Zusammenhange mit unserer immer wieder betonten Grundanschauung vom Wesen des Rechts und der Genossen-

Anerkennung als konstituierendem Merkmale des Rechtsbegriffs. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, diese Grundanschauung auch immer wieder von neuem zu begründen. Wohl aber müssen wir hier darauf hinweisen, dass dieselbe eine erneute Bestätigung findet in der näheren Betrachtung der Rechtsbewährung im engern Sinne.[2])

§ 45.

Nach der Verschiedenheit der Subjekte, denen die Bekämpfung des Unrechts obliegt, unterscheiden wir allgemeinhin drei Formen der Rechtsbewährung:

I. Geltendmachung des Rechts durch die speziell Berechtigten;
II. Genossenhülfe;
III. Eingreifen irgend einer obrigkeitlichen Gewalt.

---

[2]) Wir müssen dies um so mehr, je weniger Mühe sich unsere Gegner mit der Widerlegung dieser Ansicht zu machen pflegen. Wenn z. B. neuerdings Liepmann (Einl. in das Strafrecht, S. 159, Anm. 1) den von uns in Bd. I, S. 40 ff. geführten Beweis, dass die Anerkennung der Genossen Begriffsmerkmal des Rechts ist, durch die kurze Bemerkung entkräften zu können glaubt: es sei „leicht zu erkennen, dass damit nur ein Postulat für den Inhalt des Rechts aufgestellt wird, dass der Rechtszwang nicht seine Rechtsqualität dem Gezwungenen, also die Anerkennung Verweigernden gegenüber verliert", so geht hieraus deutlich hervor, dass er die a. a. O., sowie später in Bd. II, §§ 27 und 28 von mir gepflogenen Überlegungen kaum gelesen haben, jedenfalls ihnen nicht ernstlich nachgegangen sein kann. Ich will ganz davon absehen, dass ich wiederholt dargelegt habe, wie durchaus nicht jede Übertretung eine Verweigerung der Anerkennung für die übertretene Rechtsnorm in sich schliesst; desgleichen, dass selbst da, wo eine Verweigerung der Rechtsanerkennung in gewisser Weise, nämlich bezüglich der einzelnen übertretenen Rechtsnorm zuzugestehen ist, damit doch regelmässig nicht die Anerkennung des Rechts der betreffenden Gemeinschaft im ganzen aufgegeben wird und ebendarum sogar die ausdrücklichste Verweigerung der Anerkennung in Betreff einer einzelnen zu diesem Ganzen gehörigen Einzelnorm, genauer betrachtet, sich als eine blosse sogen. protestatio facto contraria darstellt. Aber auch, wenn dem nicht so wäre, wodurch behauptet denn der Rechtszwang seine Rechtsqualität? Wie kann von Rechtszwang die Rede sein, wenn nicht die den Zwang regulierenden Rechtsvorschriften zum mindesten von denen anerkannt werden, die zu ihrer Ausführung berufen sind? Wo war überhaupt nach Liepmanns Meinung das Recht, bevor es von Genossen irgend einer bestimmten Rechtsgemeinschaft anerkannt wurde? Und wo oder wie soll es bestehen bleiben ohne solche Anerkennung

Jedoch vollendet sich die Rechtsbewährung regelmässig nicht in Einer dieser Formen für sich allein, sondern durch mehrere in Verbindung miteinander.

1. Unter den Handlungen, die sich als Geltendmachung des Rechts durch die speziell Berechtigten charakterisieren, stehen obenan die Akte der Eigenmacht oder Selbsthülfe im weiteren Sinne. Genauer betrachtet begreifen wir unter diesem Ausdruck — abgesehen von blossen Präventivmaassregeln — drei verschiedene Arten von Handlungen: die Selbstverteidigung, die Selbsthülfe im engern Sinne und die rechtlich geforderte oder zugelassene Rache. Selbstverteidigung oder Notwehr im eigentlichen Sinne des Wortes[1]) liegt vor, wo die Handlung des in seinem Rechte Verletzten nichts weiter als die Abwehr der Rechtsverletzung, des rechtswidrigen Angriffs auf sein Recht, bezweckt; die regelmässige Voraussetzung bildet also ein Rechtsanspruch von negativem Inhalt, ein Anspruch auf Nicht-Störung. Umgekehrt setzt die Selbsthülfe im engern Sinne einen Rechtsanspruch von positivem Inhalt voraus, d. h. einen Anspruch darauf, dass ein Anderer etwas leiste; die Verletzung besteht also in der Nichterfüllung der Leistungspflicht seitens des Andern und die demzufolge eintretende Rechtsbewährung in der nachträglichen Befriedigung des verletzten Anspruchs durch Machtmittel des Verletzten, sei es, indem dieser den Verpflichteten durch Zwangsmittel

---

[1]) Notwehr übt, wer sich in der Not zur Wehr setzt, sich der Not erwehrt. Es ist daher, streng genommen, widersinnig, auch Handlungen dritter — nicht selbst in Not befindlicher — Personen zu Gunsten eines Angegriffenen als Notwehrhandlungen zu bezeichnen. Selbstverständlich denke ich nicht daran, den auch auf solche Handlungen erweiterten, von unserer Gesetzgebung angenommenen Sprachgebrauch deshalb meistern zu wollen; findet dieser doch seine ausreichende Rechtfertigung in dem praktischen Bedürfnis, die letzterwähnten Handlungen dritter Personen mit der eigentlichen Notwehr in kürzester Form auf die gleiche Stufe zu stellen. Aber man darf darüber nicht vergessen, dass die Annahme einer von dritten Personen geübten Notwehr weder der ursprünglichen Bildung und Verwendung des Wortes entspricht, noch auch sachlich unter den Gesichtspunkt der Selbsthülfe im weiteren Sinne oder überhaupt der Geltendmachung des Rechts durch die speziell Verletzten zu bringen ist. Die von Dritten geübte Notwehr ist vielmehr eine eigentümliche, auch in unserm heutigen Rechte anerkannte Art der Genossenhülfe.

dazu bringt, doch noch zu leisten, sei es, indem er sich durch andere geeignete Eingriffe in die Rechtssphäre des Verpflichteten ein Surrogat für die nicht zu erlangende Leistung verschafft. Von „Rache“ endlich als einer Form der Rechtsbewährung reden wir da, wo die Handlung auf Erlangung eines Äquivalents für das begangene Unrecht als solches oder, wie man gewöhnlicher zu sagen pflegt, auf eine Genugtuung für das verletzte Rechtsgefühl hinausläuft. Natürlich können Handlungen der einen oder anderen Art nicht nur je für sich allein, sondern auch in Verbindung miteinander vorkommen.[2]) Dagegen ist stets im Auge zu behalten, dass alle solche Handlungen nur dann als Akte der Rechtsbewährung gelten können, wenn sie durch das Recht selbst als geboten oder erlaubt gekennzeichnet werden oder doch mindestens nicht verboten sind.

Mit der zuletzt gemachten Bedingung darf man die Selbsthülfe im weiteren Sinne wohl als die naheliegendste und darum auch ursprünglichste Form der Rechtsbewährung überhaupt ansehen. Zuvörderst ist klar, dass sie für Rechtsverhältnisse zwischen bloss zwei Subjekten, namentlich sofern diese völlig isoliert erscheinen, schlechthin die einzige mögliche Form ist. Anderseits kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sie in den Kindheitsperioden aller Völker die eigentümlichste und jedenfalls hervorragendste Rolle spielt. Trotzdem darf man bezweifeln, ob es jemals eine Rechtsgemeinschaft von mehr als zwei Menschen gegeben hat, in welcher sich nicht neben den verschiedenen Formen der Selbsthülfe zum mindesten auch gewisse Grundzüge einer Genossenhülfe konstatieren liessen. Ist doch die Selbsthülfe als

---

[2]) Noch mehr: es lässt sich nicht verkennen, dass gerade denjenigen Rechten und Rechtsepochen, in denen die Selbsthülfe im weiteren Sinne als Mittel der Rechtsbewährung in vorderster Linie steht, überhaupt die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Notwehr, Privatrache und Selbsthülfe im engern Sinne meist noch fremd zu sein pflegt. Anderseits sind die Formen, in denen Selbsthülfe irgendwelcher Art geübt wird, bei den verschiedenen Völkern ausserordentlich verschieden. Weder das eine, noch das andere braucht uns jedoch abzuschrecken, unsere obige Unterscheidung ganz allgemeinhin zu machen. Denn der Sache nach — wenn auch ununterschieden — sind doch jene drei Arten in den Selbsthülfeakten der verschiedensten Rechte und Rechtsepochen wirklich enthalten.

Rechtsbewährung immer nur denkbar, sofern sie als solche innerhalb der Gemeinschaft anerkannt ist; wo aber solche Anerkennung besteht, da entspricht ihr notwendig zugleich eine Pflicht zur Genossenhülfe, wenigstens zu einer passiven, d. h. zur Nichthinderung der rechtmässigen Selbsthülfe. Auch das glänzende Bild, das Ihering in seinem „Geist des römischen Rechts" von dem alt- bezw. vor-römischen „System der Selbsthülfe" entworfen hat, lässt diese selbst getragen oder doch gestützt erscheinen durch eine mehr oder weniger weit reichende, im Prinzip allen Volksgenossen, vor allem aber den beim Abschluss der Rechtsgeschäfte hinzugezogenen „testes" — als deren „Garanten" — obliegende Pflicht zur Unterstützung des Gläubigers.[3]) Und ebensogewiss vermögen wir uns ohne die Anfänge einer gewissen obrigkeitlichen Gewalt — in der Person des Hausvaters, Stammeshäuptlings oder sonstwelcher Vereinsvorsteher — eine einigermaassen dauernde Rechtsgemeinschaft überhaupt kaum vorzustellen. (Vergl. unten § 46, Nr. 8, Anm. 17.)

Je weiter sodann der Kreis der Genossen sich ausdehnt und je umfassender sich die Aufgaben der obrigkeitlichen Gewalt gestalten, um so mehr erscheint nicht nur der Wert, sondern auch die Zulässigkeit der Selbsthülfe verringert. Die erlaubte oder gebotene Privatrache verschwindet allmählich ganz; die Selbsthülfe im engeren Sinne wird nur in gewissen Ausnahmefällen gestattet; ja sogar die Notwehr kann, wie die Geschichte unseres deutschen Strafrechts im 17. und 18. Jahrhundert beweist, sehr erhebliche Einschränkungen erfahren.

Dennoch ist die Bedeutung der Selbsthülfe im weiteren Sinne auch für die Gegenwart nicht zu unterschätzen. Zunächst dürfen

[3]) Inwieweit das von Ihering gezeichnete Bild der Wirklichkeit, namentlich für das römische Recht selbst und speziell zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung entspricht, kann hier ruhig dahingestellt bleiben. Doch stimmt es nicht nur mit der auf Gajus gegründeten „herrschenden Lehre" über „Manus injectio" in der Hauptsache überein, sondern es liefert auch m. E. zugleich die beste Erklärung dafür. Jedenfalls ist ein Versuch, wie ihn neuerdings Schlossmann (Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren, S. 5 ff.) unternommen hat, um die Unmöglichkeit einer Manus injectio ohne gerichtliches Urteil zu erweisen, gerade gegenüber der Darstellung Iherings nicht stichhaltig.

wir konstatieren, dass auch auf dem Gebiete des Privatrechts, auf welches sich die letzten Bemerkungen ausschliesslich bezogen, die Selbsthülfe niemals völlig als Mittel der Rechtsbewährung aufgegeben werden kann. Von einer Wiederzulassung der Privatrache freilich kann in wahren Kulturstaaten nicht die Rede sein. Bezüglich der Notwehr dagegen ist in der deutschen Gesetzgebung etwa seit dem Preussischen Landrecht eine so entschiedene Rückbildung, eine so weite Fassung und Gestattung eingetreten, dass wir heute umgekehrt vor die Frage gestellt sind, ob es nicht an der Zeit ist, einem Missbrauch des Notwehrrechts, namentlich bei ganz geringfügigen rechtswidrigen Angriffen, sowie gegenüber unzurechnungsfähigen Personen durch gewisse einschränkende Bestimmungen vorzubeugen. Desgleichen beweisen die §§ 229 ff. und 859 f. des B. G. B., Art. 89 des dazu gehörigen Einführungsgesetzes und die verschiedenen über Selbsthülfeverkauf handelnden Vorschriften des Handelsgesetzbuches, verglichen mit den Grundsätzen des späteren römischen und selbst des gemeinen deutschen Rechts, dass sogar die Selbsthülfe im engeren Sinne noch einer gewissen Entwickelung in der Gegenwart fähig ist.

Zugleich ist zu beachten, dass mit dem Verbot der Selbsthülfe (in irgendwelchem Umfange) durchaus nicht jede wider den Willen des Verpflichteten erfolgende Geltendmachung eines Rechts seitens des Berechtigten selbst ausgeschlossen ist. Vielmehr ist regelmässig nur die Form der Geltendmachung eine andere geworden: an Stelle der Selbsthülfe tritt die Anrufung einer höheren Gewalt, sei es in Gestalt einer an bestimmte Bedingungen und Formen gebundenen Klage, sei es in der eines einfachen Antrags oder formlosen Gesuches. Dies tritt namentlich hervor, soweit das Eingreifen der obrigkeitlichen Gewalt durch ein derartiges Vorgehen des Verletzten bedingt ist; aber auch wo dies nicht zutrifft, stellt sich jene vorausgehende oder unterstützende Tätigkeit des Verletzten als eine in unsere erste Rubrik gehörende Form der Rechtsbewährung dar, wenn auch nur im Zusammenwirken mit der entsprechenden obrigkeitlichen Tätigkeit.

Von selbst versteht sich ferner, dass überall, wo es an einer über den Parteien stehenden obrigkeitlichen Gewalt fehlt, die Selbsthülfe stets das vornehmste Mittel der Rechtsbewährung

bleiben wird. So insbesondere für die Rechtsverhältnisse der Staaten zueinander. Nicht nur der Krieg als „ultima ratio", sondern auch der Abbruch des diplomatischen Verkehrs, die Anwendung von Repressalien und sogar die einfache Retorsion sind sämtlich als Formen völkerrechtlicher Selbsthülfe anzusehen.

Schliesslich kommen die Subjekte der obrigkeitlichen oder autoritativen Gewalt, vor allen auch der Staat, zugleich in Betracht als Inhaber eigener, verletzter oder vor Verletzung zu bewahrender Rechte, die sie selbst mittels der ihnen eignenden Gewalt geltend zu machen in der Lage sind. Man mag vielleicht darüber streiten, ob es angemessen ist, in solchen Fällen von einer Art der Selbsthülfe, nur in diesem Falle ausgeübt vom Staate, zu reden. Die verhältnismässig sehr junge Wortbildung deutet ja in ihrem Ursprunge gerade auf einen Gegensatz zur Tätigkeit der Staatsorgane oder vielmehr zu deren Inanspruchnahme hin. Immerhin kann darüber kein Zweifel sein, dass wir innerhalb der Ausübung der Staatsgewalt zum Zwecke der Rechtsbewährung eine zwiefache Art der Tätigkeit unterscheiden müssen: die eine hervorgerufen und bedingt durch eine von anderer Seite kommende Aufforderung, gerichtet auf Unterstützung eines anderen Berechtigten in Geltendmachung seines Rechtes; die andere hervorgehend im letzten Grunde aus eigener Initiative des Staates selbst, begründet durch die Notwendigkeit, sein eigenes, verletztes oder doch der Verletzung ausgesetztes Recht als geltend zu bewähren. Und dürfen wir die erstere Tätigkeit in durchaus treffender Weise mit dem Einen Worte „Staatshülfe" kennzeichnen, so liegt nichts näher, als die zweite unter dem Ausdruck „Selbsthülfe des Staates" zusammenzufassen. Die analoge Anwendung auf andere — nicht staatliche — Gemeinwesen und Herrschaftsverhältnisse ergibt sich von selbst.

2. Die Genossenhülfe ist, wie schon die Wortbildung selbst andeutet, immer nur denkbar als Ergänzung einer Tätigkeit anderer Personen. Als Mittel der Rechtsbewährung ist sie demgemäss entweder Unterstützung des speziell Berechtigten in Geltendmachung seiner Rechte, eventuell auch des in seinen Rechten getroffenen Staates, Vereins usw., oder vielmehr Unterstützung der vom Berechtigten angerufenen obrigkeitlichen Gewalt.

Das Minimum dieser Unterstützung besteht in der Unterlassung von Handlungen, die geeignet sind, eine auf Rechtsbewährung gerichtete Tätigkeit Anderer zu hemmen oder wirkungslos zu machen. Und zwar ist die Pflicht zu dieser passiven Genossenhülfe, wie wir sie wohl nennen dürfen, eine schlechthin allgemeine, soweit die Geltendmachung des Rechts eine erlaubte, die obrigkeitliche Hülfe eine pflichtmässige ist. Ganz offen anerkannt erscheint diese Tatsache auf dem Gebiete des Völkerrechts: die Neutralitätspflicht ist nichts anderes als eine derartige, nach den verschiedensten Richtungen hin ausgebildete Pflicht zu passiver Genossenhülfe, wie sie allen Gliedern der Völkerrechtsgemeinschaft gegenüber kriegführenden Parteien in gleicher Weise obliegt, so lange sie nicht ihren Miteintritt in den Krieg erklärt haben. Aber der Sache nach wird diese Pflicht zu passiver Genossenhülfe vorausgesetzt auf allen möglichen anderen Rechtsgebieten, nur dass sie hier äusserlich zurücktritt gegen mannigfache Pflichten zu aktiver Genossenhülfe.

Um einen Überblick über die letzterwähnten Pflichten zu tätiger Hülfeleistung zu gewinnen, die natürlich so verschieden gestaltet sein können, wie positives Recht überhaupt, gehen wir am besten aus von der Verschiedenheit der Subjekte, die teils zur Genossenhülfe verpflichtet, teils solche Hülfe zu fordern berechtigt sind.

Wo ganze Gemeinwesen oder Personengesamtheiten, die als Glieder einer umfassenderen Rechtsgemeinschaft und eben in dieser Hinsicht als Genossen erscheinen, einander aktive Genossenhülfe leisten, da kann von einer Pflicht hierzu regelmässig bloss auf Grund besonderen Vertrags die Rede sein. Am klarsten und unbedingtesten tritt uns dies wieder bei Betrachtung des Völkerrechts entgegen. Andere als vertragsmässige Pflichten zur aktiven Genossenhülfe sind hier kaum denkbar. Wohl aber kommen auf diesem Gebiete Vertragspflichten der bezeichneten Art in ausgedehntem Maasse vor: bald infolge von Allianzverträgen, durch welche sich mehrere Staaten zu gemeinsamer Verteidigung ihrer Rechte gegen andere Staaten verbinden, bald — und besonders in neuerer Zeit in weitestem Umfange — als Vereinbarungen über wechselseitige „Rechtshülfe“ im technischen Sinne. Ähnliches

dürfte in primitiven Staatsverhältnissen von einer etwaigen Verpflichtung mehrerer Geschlechtsverbände zur wechselseitigen Genossenhülfe gelten.

Dass auch Einzelmenschen, insbesondere auch Genossen derselben umfassenderen Rechtsgemeinschaft sich durch besondere Verträge zur Unterstützung bei Geltendmachung ihrer Rechtsansprüche verpflichten können, versteht sich von selbst. Wahrscheinlich beruhte z. B. die schon in Nr. 1 berührte Stellung der altrömischen „testes“ im „System der Selbsthülfe“, ja sogar die Tätigkeit des „judex“ — bei zweifelhaften Rechtsfällen — ursprünglich auf freier Vereinbarung der Beteiligten. Und verwandte Entwickelungsvorgänge lassen sich auch bei anderen Völkern nachweisen oder doch vermuten. Aber auch dem heutigen Rechtsleben sind Vereinbarungen zur Unterstützung bei Geltendmachung von Privatrechtsansprüchen keineswegs völlig fremd: man denke, um von anderen später zu berührenden Beispielen zu schweigen, an die Gesellschaften, die gegründet werden, um ihren Mitgliedern oder anderen Paziszenten Rat und Beistand bei der Führung von Prozessen, namentlich im Auslande, zu gewähren.

In der Regel freilich erfasst die Pflicht zur Genossenhülfe sämtliche Genossen eines kleineren oder grösseren Kreises von Menschen und weist dann zurück auf eine breitere Grundlage, auf die allgemeine, in Gewohnheit oder Gesetz sich kundgebende (direkte oder indirekte) Anerkennung der betreffenden Gesamtheit. Aber gerade darum erhebt sich nun bei jeder einzelnen Art solcher Genossenhülfe die Frage: Wem ist diese Genossenhülfe eigentlich zu leisten?

Die Antwort ist nicht immer ganz leicht und jedenfalls nur aus dem Geiste des betreffenden positiven Rechts heraus zu geben. Schon bei der von Mitgliedern der Familie oder eines Geschlechtsverbandes im Falle einer Rechtsverletzung zu leistenden Genossenhülfe ist ein Zwiefaches möglich: Entweder wird sie geschuldet dem verletzten Individuum oder vielmehr dem in dessen Person selbst verletzten Haus- oder Geschlechtsverbande. Das Zweite trifft zweifellos zu, wo die Familie oder das Geschlecht an Stelle des persönlich Verletzten Selbsthülfe, insbesondere Rache übt; wahrscheinlich ist es aber für primitive Rechtszustände, welche

das einzelne Individuum mehr oder weniger in der Hausgemeinschaft, im Geschlecht oder in der Gemeinde verschwinden machen, in sehr viel ausgedehnterem Maasse vorauszusetzen. Umgekehrt deutet die altgermanische Eideshülfe nach der Form, in der sie uns entgegentritt, entschieden auf eine Verpflichtung der Geschlechtsgenossen unmittelbar gegen den einzelnen, zuerst und für sich schwörenden Genossen hin, wodurch allerdings die Möglichkeit nicht ausgeschlossen wird, dass diese Rechtsauffassung erst das Produkt einer vorgeschritteneren Entwickelung ist. Nach unseren modernen Rechten kann eine allgemeinere Verpflichtung zur aktiven Genossenhülfe gelegentlich der Ausübung von Selbsthülfeakten überhaupt nicht angenommen werden; die Notwehr zu Gunsten eines Dritten oder dessen Unterstützung in Ausübung erlaubter Selbsthülfe im engeren Sinne ist entweder eine rein freiwillige oder doch nur durch die besondere — gesetzliche oder vertragsmässige — Stellung des Hülfeleistenden gebotene. Dagegen erscheint jetzt als allgemeine Pflicht zur Genossenhülfe vor allem die Zeugnispflicht. Zweifelhaft ist dabei freilich zunächst wiederum, ob diese auch ausser den Fällen staatlicher Selbsthülfe (vergl. oben Nr. 1 a. E.), also auch da, wo der Staat auf Anrufung anderen Personen (Einzelnen oder Körperschaften) Hülfe gewährt, ausschliesslich als eine Pflicht gegenüber der Obrigkeit oder vielmehr — statt dessen oder wenigstens daneben — als Verpflichtung unmittelbar gegenüber dem sein Recht vor Gericht geltend machenden Rechtsgenossen angesehen werden muss. Für unser heutiges deutsches Recht jedoch, nach welchem jede Vorladung von Zeugen durch Staatsorgane vermittelt wird, ist jedenfalls das Erstere anzunehmen.[4]) Das gleiche gilt von der allgemeinen Verpflichtung der Rechtsanwälte zur Gewährung von Rechtsbeistand:

---

[4]) Anders liegt die Sache im älteren deutschen Recht, wenigstens nach den deutschen Volksrechten: eine Pflicht zum Zeugnis besteht hier nur auf Grund eines besonderes Vertrages, der „Zeugenziehung". (Vergl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 392 f.) Dagegen setzt schon die fränkische Inquisitio per testes eine allgemeine Zeugnispflicht der Volksgenossen voraus, gegründet auf den dem König bei der Huldigung geleisteten Treueid (Brunner a. a. O. S. 63), also natürlich auch nur begründet gegenüber dem König, nicht gegenüber dem einzelnen zeugnisbedürftigen Genossen.

dem mit seinem Antrage auf Führung einer Rechtssache Zurückgewiesenen steht keine Klage gegen den Anwalt, sondern höchstens die Beschwerde an eine Aufsichtsinstanz zu; erst die Annahme der angebotenen Rechtssache oder m. a. W. der Vertrag mit dem Klienten begründet für den Anwalt Pflichten direkt gegenüber dem letzteren.

Ob auch die Pflicht zum Geschworenen- und Schöffendienst nach Analogie der Zeugen- und Sachverständigenpflicht als eine — natürlich stets nur dem Staate gegenüber bestehende — Verpflichtung zu einer eigentümlichen Art von Genossenhülfe aufzufassen ist, hängt wesentlich von der Beantwortung der Vorfrage ab: Sind Geschworene und Schöffen unmittelbar mit zur Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt, in diesem Falle der richterlichen Gewalt des Staates berufen? Bezüglich der Schöffen dürfte diese Vorfrage zu bejahen sein, sofern sie direkt an der Urteilsfällung, also einem nach heutigem Rechte zweifellos obrigkeitlichen Akte teilnehmen. Zu verneinen ist sie hingegen und demgemäss in der Tat nur eine Art von Genossenhülfe zur Rechtsprechung anzunehmen für das ursprüngliche und auch noch das heutige englische Geschworeneninstitut, ja wohl selbst für unsere deutschen Geschworenen, die immerhin keine eigentliche Richterstellung, sondern vielmehr eine Mittelstellung zwischen Sachverständigen und Richtern einnehmen.[5])

[5]) Freilich gehen die Theorien der französischen Aufklärungs- und Revolutionszeit, wie sie auf die Einführung der Jury in Frankreich — und mittelbar auch in Deutschland — bestimmend gewirkt haben, von einer wesentlich abweichenden Anschauung, nämlich von der Lehre der Gewaltenteilung aus, und fassen demgemäss die Geschworenen buchstäblich als „Richter über die Tatfrage". Allein dass diese Auffassung dem wirklichen Inhalte zumal unserer heutigen deutschen Gesetzgebung entspräche, bloss mit dem Unterschiede, dass hier an Stelle der „Tatfrage" die umfassendere „Schuldfrage" gesetzt sei, — das wird man ernstlichst bezweifeln dürfen. Zwar gehören zum Bestand des „Schwurgerichts" als Gesamtkollegiums, wie es von dem durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts ernannten Vorsitzenden geleitet wird, nach § 81 des G. V. G. auch die zwölf Geschworenen. Aber ebenso bestimmt werden von ihnen die „richterlichen Mitglieder", von der Geschworenenbank das „Gericht" unterschieden. Nimmt man nun hinzu, dass die Geschworenen an dem Erlass richterlicher Anordnungen, insbesondere auch des Urteils selbst in keiner Weise beteiligt sind, vielmehr ihre Tätigkeit — abgesehen von der Stellung von Fragen und Anträgen — sich darauf beschränkt, den „Wahrspruch"

3. Indem ich mich speziell zu der dritten Form der Rechtsbewährung im engeren Sinne, zu dem Einschreiten obrigkeitlicher Gewalten wende, muss ich zuerst eine Erläuterung und Verwahrung vorausschicken. Ich brauche den Ausdruck „obrigkeitliche Gewalt" kurzweg synonym mit „autoritativer Gewalt", also bewussterweise in einem sehr viel umfassenderen Sinne, als es heutzutage üblich ist. Wo irgend Menschen über Menschen eine rechtliche Autorität, d. h. ein Rechtsanspruch auf Gehorsam gegenüber den von ihnen erlassenen Anordnungen zuerkannt wird, da besteht nach dieser unserer Auffassung auch „Obrigkeit" oder „obrigkeitliche Gewalt". Zur Rechtfertigung dieses Gebrauches darf zweierlei dienen. Einmal entspricht derselbe der ursprünglichen Bildung des Wortes „Obrigkeit", sowie auch dem älteren deutschen Sprachgebrauche, z. B. Luthers. Anderseits fehlt es in unserer Rechtssprache an einer Bezeichnung, die in gleicher Weise sowohl die Träger einer Gemeinschaftsgewalt, als einzelne persönlich zur Herrschaft (zum Befehlen) Berechtigte zu erfassen geeignet wäre.

Dass zur Ausübung einer obrigkeitlichen Gewalt nicht schlechtweg jede Tätigkeit zu rechnen ist, die ein zu solcher Ausübung Berechtigter vornimmt, vielmehr immer bloss eine Tätigkeit, die mit dem (der betreffenden obrigkeitlichen Gewalt charakteristischen) Rechtsanspruch auf Gehorsam vorgenommen wird, versteht sich von selbst. Ebensogewiss erscheint nicht jede Ausübung obrigkeitlicher Gewalt an sich schon als Mittel der Rechtsbewährung: Nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Verwaltungsanordnungen im eigentlichen oder engeren Sinne fallen im allgemeinen nicht unter diesen Gesichtspunkt. Daraus folgt zugleich, dass das Einschreiten oder, wenn man lieber will, die Ausübung obrigkeitlicher Gewalt zum Zwecke der Rechtsbewährung, sofern solche als ständige Aufgabe gedacht wird, identisch ist mit dem, was wir gewöhnlich „Rechtspflege" nennen. In der Tat wird sich der Begriff der Rechtspflege kaum besser definieren lassen. Freilich ergibt

---

abzugeben, d. h. auf Grund der ihnen gestellten Fragen ihre Überzeugung bezüglich der Schuld des Angeklagten auszusprechen, so unterscheidet sich ihre Stellung von der der Sachverständigen einzig und allein dadurch, dass ihr Wahrspruch in der Regel für das Gericht formell bindend ist, während das Gutachten des Sachverständigen dieser bindenden Kraft entbehrt.

sich von dieser Definition aus nicht nur die Annahme einer „freiwilligen Rechtspflege“ neben der „streitigen“, sondern auch mit Notwendigkeit die Anerkennung der Zwangs- und Strafvollstreckung im Verwaltungswege, sowie eines Teils der Polizei als besonderer Arten der Rechtspflege. Denn fortgesetzte Geltungsbewährung des Rechts wider das Unrecht ist der Zweck aller dieser Arten obrigkeitlicher Gewaltübung; nur dass die streitige Rechtspflege, sowie die Zwangs- und Strafvollstreckung im Verwaltungswege das Unrecht als schon irgendwie vorhanden voraussetzen, während die freiwillige Rechtspflege das Recht bewähren will durch unmittelbare obrigkeitliche Einwirkung oder doch Beteiligung bei der Regulierung und Sicherstellung von Privatrechtsverhältnissen, desgleichen die Polizei, soweit sie uns hier interessiert, durch direkte Vorbeugungsmaassregeln gegen zu befürchtende rechtswidrige Handlungen.

Eine weitere Gliederung der Rechtspflege entnehmen wir aus der schon in Nr. 1 a. E. berührten Unterscheidung zwischen der „Selbsthülfe des Staates“ und der einem anderen Subjekte (einem Einzelnen oder einer subordinierten Personengesamtheit) gewährten „Staatshülfe“. Unter den ersteren Gesichtspunkt fallen: die Zwangs- und Strafvollstreckung im Verwaltungswege (wenigstens in erster Linie), die als vorbeugende Rechtspflege funktionierende Polizei, vor allem endlich — wenigstens nach den meisten modernen, dem Offizialprinzip huldigenden Rechten — die eigentliche, öffentliche Strafrechtspflege. Dagegen stellen sich als Arten der „Staatshülfe“ dar: einerseits die Civilrechtspflege und die verschiedenartigen Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit, die es beiderseits mit Privatrechtsverhältnissen zu tun haben, anderseits die Verwaltungsrechtspflege, deren Gegenstand öffentlich-rechtliche Ansprüche (Ansprüche von Staatsgenossen, von Einzelnen oder von Korporationen) bilden.

Begreiflicherweise treten uns alle diese Unterschiede am schärfsten an der Rechtspflege unserer modernen Staaten entgegen, deren Organisation zum guten Teil gerade auf den erwähnten Gesichtspunkten beruht. Aber in der Hauptsache lassen sich die hiermit gekennzeichneten Arten der Rechtspflege — ganz oder doch teilweise — auch bei der Ausübung jeder anderen obrigkeitlichen Gewalt zum Zwecke der Rechtsbewährung beobachten. So in den

verschiedenen Kirchengemeinschaften und zahllosen anderen Vereinen, wenn da auch eine der Privatrechtspflege analoge Gemeinhülfe nur ausnahmsweise vorkommt;[6]) so insbesondere auch schon in den primitiven Hausgemeinschaften, wo die vom Hausherrn über Familiengenossen und Hörige geübte Hauszucht im Grunde bereits alle Arten der Rechtspflege in sich vereinigt. Ob diese obrigkeitliche Tätigkeit durch Sitte oder Gesetz an bestimmte Formen oder bloss an bestimmte materielle Normen gebunden oder gar dem völlig freien Ermessen des Gewalthabers überlassen ist, erscheint für den Begriff der Rechtspflege schliesslich gleichgültig, sofern sie nur als pflichtmässige Ausübung obrigkeitlicher Gewalt zum Zwecke der Rechtsbewährung auftritt. Die von Privatpersonen geübte Selbsthülfe, auch die noch so gerechtfertigte, ist niemals Rechtspflege, ebensowenig der Gebrauch der obrigkeitlichen Gewalt zu anderen Zwecken oder aus reiner Willkür.

§ 46.

Dem näher bestimmten Inhalte oder Zwecke nach stellt sich alle Geltungsbewährung des Rechts wider das Unrecht entweder als Prävention oder als Repression dar.

I. Von dem ersteren Gesichtspunkte aus unterscheiden wir:

a) generelle Präventivmaassregeln, d. h. Veranstaltungen des Rechts, die ganz allgemeinhin darauf gerichtet sind, zukünftigem Unrechte vorzubeugen;

b) spezielle Präventivmaassregeln, d. h. Einrichtungen, die nur die Sicherstellung bestimmter konkreter Rechtsansprüche bezwecken.

II. Als Repressivmaassregeln, d. h. als Veranstaltungen des Rechts, deren unmittelbarer, nächster Zweck die

---

[6]) Dass sie auch in anderen Rechtsgemeinschaften als den Staaten nicht immer fehlt, beweist vor allem die Geschichte der katholischen Kirche, deren hoch entwickelte Eherechtspflege der streitigen und freiwilligen Privatrechtspflege des Staates völlig parallel läuft.

Bewährung des Rechts (die Wahrung der Autorität des Rechts) gegenüber einem bereits begangenen Unrecht ist, erscheinen dagegen:

a) der Erfüllungszwang;

b) der Ersatzzwang;

c) der Satisfaktionszwang, insbesondere die Strafe.

1. Wir beginnen die nähere Begründung und Durchführung der vorstehenden Sätze mit einer notwendigen Verwahrung.

Es wird bisweilen allem Rechte zuoberst präventive Natur zugeschrieben; ja man hat erst neuerdings der Rechtswissenschaft einen besonderen Vorwurf daraus gemacht, dass sie diese allgemeine präventive Natur bisher zu wenig berücksichtigt habe. Sollte hiermit nichts anderes gesagt sein, als dass alles Recht nur auf ein zukünftiges Verhalten von Menschen abzielen könne, so wäre gegen die gedachte Behauptung nur das eine einzuwenden, dass für die so behauptete und auch von uns wiederholt betonte Tatsache der Ausdruck nicht glücklich gewählt sei. So ziemlich dasselbe gilt, wenn wir bei der präventiven Natur alles Rechts an den allem Rechte innewohnenden Zweck des „Interessenschutzes" denken sollen. Will man wirklich Ernst machen mit dem Begriff des Präventivzweckes, so muss man vor allem klarstellen, wogegen sich die Prävention, das „Zuvorkommen" oder „Vorbeugen" richtet. Nun liegt auf der Hand, dass überall, wo wir von Prävention im Gegensatze zur Repression reden, als Objekt, gegen welches sich beide richten, das „Unrecht" zu denken ist. Daraus folgt aber, dass — von diesem Standpunkte aus — von einer Präventivnatur alles Rechts keinesfalls die Rede sein kann. Bezüglich der primären Gebote des Rechts, die eine positive Handlung fordern, bedarf dies wohl keiner weiteren Auseinandersetzung. Doch auch die Verbote wollen, genauer betrachtet, nicht einem vorausgesetzten Unrecht zuvorkommen, sondern vielmehr, indem sie ein bestimmtes Unterlassen fordern, das Zuwiderhandeln erst als Unrecht überhaupt kennzeichnen. Und selbst ein Teil der sekundären Rechtsnormen, speziell die „ergänzenden" (subsidiären oder dispositiven), verfolgen als solche weder präventive, noch repressive Zwecke.

Dagegen kann man allerdings sagen, dass alle diejenigen sekundären Rechtsnormen, welche die Anordnung und Organisation von Repressivmaassregeln betreffen, stets auch einen präventiven Charakter an sich tragen. Am deutlichsten tritt dies heraus bei Rechtsnormen, die für irgendwelche rechtswidrigen Handlungen Strafe androhen. Auch wer mit uns das Wesen der Strafe nicht in einer Beziehung zu zukünftigem Unrecht zu finden vermag, wird doch nicht leugnen, dass alle Strafsatzungen zugleich dem Zwecke der Prävention, der Zurückhaltung von zukünftigem Unrecht dienen wollen. Und in ganz ähnlicher Weise wirken schliesslich auch diejenigen Normen, die im Falle begangenen Unrechts Zwangsmaassregeln zum Zweck der nachträglichen Erfüllung oder zur Erlangung eines Surrogats der Erfüllung androhen.

Allein so gewiss dieser weitreichende Präventivzweck fortgesetzte gebührende Berücksichtigung fordert, so gewiss darf der andere Zweck, den die fraglichen Rechtsnormen daneben oder vielmehr an erster Stelle verfolgen, darüber nicht vergessen werden. Schon darum besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den letztberührten Normen und solchen, deren Zweck ausschliesslich die Fernhaltung künftigen Unrechts ist. Dazu kommt aber ein Zweites: Es muss wohl unterschieden werden zwischen den eine bestimmte Maassregel oder Einrichtung fordernden und indirekt (vermittelst der Tätigkeit der Adressaten) herstellenden Normen als solchen und den durch sie geforderten und hergestellten Maassregeln oder Einrichtungen selbst. In wie weitem Umfange wir den ersteren — wenn auch nicht ausschliesslich, so doch zugleich — einen Präventivzweck zuerkennen, ist von uns bereits klar und deutlich ausgesprochen. Dagegen vermögen wir den hierdurch angeordneten Maassregeln oder Einrichtungen, soweit wir solche als repressive vorführen, nur indirekt auch eine präventive Wirkung zuzugestehen: insofern nämlich, als ohne sie, d. h. ohne die fortgesetzte Vollziehung der sie androhenden Normen, diese auch ihren Präventivzweck nicht erreichen würden. Wer statt dessen behauptet, die erwähnten Repressivmaassregeln hätten in Wahrheit gar keinen anderen Zweck, als die in den bezüglichen Normen enthaltene Drohung zu verwirklichen, der stellt das wahre Sachverhältnis

vollständig auf den Kopf. Es ist offenbar widersinnig, zu sagen: der Erfüllungszwang habe nicht oder wenigstens nicht in erster Linie den Zweck, den rechtswidrig Handelnden selbst zur nachträglichen Erfüllung seiner Verpflichtung zu nötigen, sondern vielmehr den, ihn oder andere Verpflichtete für die Zukunft von der Nichterfüllung abzuschrecken. Genau das gleiche trifft aber bei näherer Betrachtung auch für Ersatzzwang und Strafe oder, wenn man lieber will, für den Vollzug der sie androhenden Rechtsnormen zu. Wohl mag man darüber streiten, ob das Wort „Repression" das allen diesen Einrichtungen oder Maassregeln Gemeinsame in durchaus korrekter Weise zum Ausdruck bringt. Immerhin weist dieses Wort bestimmt genug darauf hin, dass es sich um eine Bekämpfung bereits vorhandenen Unrechts handelt. Und hieraus ergibt sich von selbst eine ausreichende Bestimmtheit des gegensätzlichen Begriffs: Prävention ist Bekämpfung künftigen Unrechts, Präventivmaassregel also eine Maassregel, welche ausschliesslich oder doch vorzugsweise zum Zwecke hat, schon die Begehung von Unrecht nach Möglichkeit zu verhindern.[1])

Dagegen leugnen wir selbstverständlich nicht, dass bestimmte Repressiv- und Präventivmaassregeln in mannigfachster Weise mit einander verbunden auftreten. Namentlich geschieht dies öfters so, dass eine Repressivmaassregel, wie die Strafe, noch ganz vorzugsweise in präventivem Sinne ausgestaltet wird. Denn wenn schon an sich alle Repressiv-Normen zugleich einen präventiven Zweck verfolgen, so kann auch grundsätzlich nichts entgegenstehen, die darin vorgesehenen Repressiv-Einrichtungen gelegentlich so herzustellen, dass sie noch in erhöhtem Maasse präventiv wirken.[2])

---

[1]) Um zur weiteren Illustration des soeben Gesagten noch einen öfters herangezogenen Vergleich zu verwenden, könnten wir auch sagen: Das, was wir Präventivmaassregeln nennen, verhält sich zu seinem Gegenstück, den Repressivmaassregeln, ganz ebenso, wie reine Präservativ- oder Palliativmittel zu eigentlichen Heilmitteln oder Gegengiften.

[2]) Vergl. Merkel, Jur. Encyklopädie, § 276, der namentlich darauf hinweist, dass „die Natur der Strafen im allgemeinen gestatte, dass in ihnen die Gegenwirkung gegen die durch ein Verbrechen erzeugten Übel sich mit einer Wirksamkeit verbinde, welche gegen die durch das Verbrechen bloss erkennbar gewordenen Übel gerichtet ist". Wir kommen noch auf diesen Punkt zurück.

Aber auch das Umgekehrte ist denkbar: Es kann unter Umständen angezeigt sein, eine besonders drückende Präventivmaassregel auf Fälle zu beschränken, wo sie gleichzeitig als Strafe für ein begangenes Unrecht zu dienen vermag. (Vergl. unten Nr. 2, Anm. 3.)

Die Einteilung der Präventivmaassregeln in generelle und spezielle bedarf wohl eigentlich keiner weiteren Begründung. Natürlich bezieht sich dieselbe nicht auf einen Unterschied zwischen den konkreten, im einzelnen Falle tatsächlich verwendeten Mitteln, die als solche schliesslich immer gegen ein mehr oder weniger speziell bestimmtes, im gegebenen Zeitpunkte gerade zu befürchtendes Unrecht sich richten, sondern vielmehr auf einen Unterschied der vom Rechte an die Hand gegebenen Präventiveinrichtungen, d. h. der verschiedenen Arten rechtlich möglicher Präventivmaassregeln. Und zwar nennen wir demgemäss „spezielle Präventivmaassregeln" solche, die schon ihrem Art-Charakter nach auf die Verhütung eines nach Inhalt oder Form speziell bestimmten Unrechts zugeschnitten sind. Als „generelle Präventivmaassregeln" erscheinen mithin alle anderen, bei denen diese besondere Voraussetzung nicht zutrifft. Übrigens braucht wohl kaum hinzugefügt zu werden, dass der Unterschied ein relativer und darum die Grenze zwischen den beiden Arten von Maassregeln nicht immer scharf zu ziehen ist. Es sind nicht bloss Übergangsformen denkbar, sondern es ist namentlich auch zu beachten, dass unter Umständen die generelle Präventiveinrichtung die Grundlage für die Herstellung spezieller Präventiveinrichtungen bilden kann.

2. Unter den generellen Präventivmaassregeln zum Zwecke der Rechtsbewährung tritt vor allem diejenige obrigkeitliche Tätigkeit hervor, die wir heute „Polizei" nennen. Natürlich gehört hierher — als Teil der Rechtspflege im weiteren Sinne (vergl. § 45, Nr. 3) — nur derjenige Zweig der Polizei, der genauer als Sicherheitspolizei, bisweilen auch geradezu als Präventivjustiz bezeichnet wird; die Wohlfahrtspolizei, deren Wesen zwar auch in der Prävention, aber nicht gegenüber rechtswidrigen Handlungen besteht, bleibt für unsere Erörterung ganz ausser Betracht. Dagegen müssen wir innerhalb des uns hier interessierenden Teils der Polizei weiter zwei Arten oder Formen unterscheiden. Die

eine, wie sie hauptsächlich in der Kriminalpolizei zur Erscheinung gelangt, charakterisiert sich als fortgesetzte Überwachung, sei es überhaupt des menschlichen Verkehrs, sei es besonders einzelner bestimmter Individuen, und im unmittelbaren Anschluss daran als eventuelles tätliches Eingreifen in den Gang der Ereignisse, beides zu dem Zwecke, um ein irgendwie vorauszusehendes Unrecht möglichst zu verhüten.[3]) Die andere Form besteht in dem Erlass allgemeiner oder besonderer Anordnungen (Polizei-Verordnungen oder -Verfügungen), die zwecks Verhütung grösseren Unrechts eigentümliche, wesentlich formelle Vorschriften (z. B. über die Ordnung des Fahrens auf öffentlichem Wege oder des Gehens auf einer bestimmten Brücke, über Anzeige von ansteckenden Krankheiten, über Absperrung der Grenze gegen Vieheinfuhr u. dergl. m.) aufstellen und meist auch deren Übertretung ohne Rücksicht darauf, ob daraus ein Schade oder Unrecht der schwereren Art hervorgegangen ist oder nicht, mit einer — allerdings meistens nur geringen — Strafe (Polizeistrafe) bedrohen.[4]) Am besten lassen

[3]) In eigentümlich verschärfter Gestalt begegnet uns die polizeiliche Überwachung bestimmter Individuen in der „Stellung unter Polizeiaufsicht" im technischen Sinne. Damit ist jedoch noch keineswegs die Maximalgrenze einer derartigen Überwachung berührt. Wir stehen vielmehr hier inmitten einer Entwickelung, die noch längst nicht zum Abschluss gekommen ist. So wenig wir heute daran denken, von dem modernen „Rechtsstaat" zu dem alten „Polizeistaate" zurückzukehren, so gewiss macht sich immer lebhafter das Bedürfnis geltend, gegen das gemeingefährliche Treiben von Personen, die wegen Unzurechnungsfähigkeit gar nicht oder wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit nur verhältnismässig mild bestraft werden können, in durchgreifenderer Weise vorbeugende Veranstaltungen zu treffen, als dies nach dem zur Zeit geltenden Rechte möglich ist. Ein wichtiger Schritt in dieser Richtung ist allerdings schon mit der Einführung einer „Zwangserziehung" getan; nur beschränkt sich diese auf Minderjährige und naturgemäss tritt dabei, zumal bei ihrer neuesten Ausgestaltung als „Fürsorgeerziehung", der Zweck der Unrechts-Verhütung vor dem der Erziehung erheblich zurück.

[4]) Dabei ist es ganz gleichgültig, was den Anlass zu solchem Vorgehen geboten hat. So wenig eine Kuhpocken-Impfung aus einem blossen Präservativ zum Heilmittel wird, weil sie im Hinblick auf eine bereits aufgetretene Pockenepidemie vorgenommen wird, so gewiss bleibt eine polizeiliche Verordnung (oder ein Spezialgesetz) über den Verkauf von Giften oder über den Transport von Sprengstoffen eine reine Präventivmaassregel, auch wenn sie unmittelbar durch ein kurz vorher verübtes Attentat hervorgerufen wurde. Auch durch

sich natürlich alle diese Erscheinungen an dem Organismus unserer modernen, sowie auch schon einzelner antiker Staaten beobachten. Allein der Sache nach tauchen derartige Präventivmaassregeln innerhalb aller möglichen Vereins- und Herrschaftsverhältnisse auf. Insbesondere sind sie schon in jeder einigermaassen methodisch geübten Hauszucht vorhanden.

Selbstverständlich lässt sich auch eine präventive Selbsthülfe denken. Nur ist dabei zu beachten, dass ein allgemeineres Gebotsrecht auch im Gebiete des Privatrechts stets eine quasi-obrigkeitliche Stellung des Gebietenden (als Familienvater, Hausherr, Vereinsorgan) voraussetzt; desgleichen, dass für eine geordnete Überwachung Anderer, abgesehen wiederum von den soeben berührten Vereins- und Herrschaftsverhältnissen, nirgends maassgebende Rechtsnormen sich finden. Dagegen bietet das Völkerrecht in der Tat markante Beispiele von Einrichtungen, die geradezu als Organisationen für präventive Selbsthülfe bezeichnet werden dürfen. Namentlich ist hier der Fremdenpolizei zu gedenken; stellt sie sich auch ihrer inneren Einrichtung nach einfach als eine obrigkeitliche Tätigkeit gegenüber zeitweiligen Staatsgenossen dar, so bildet sie doch zugleich eine völkerrechtlich anerkannte, fortgesetzte präventive Selbsthülfe der Staaten gegeneinander. Ebenso dient das Gesandtschafts- und Konsulatswesen, wenn auch nicht in erster Linie, aber doch wenigstens nebenbei dem Zwecke einer fortgesetzten Überwachung des auswärtigen Staatslebens, um etwaigen Übergriffen eines fremden Staates rechtzeitig und ausreichend begegnen zu können.

Eine besondere Erwähnung verdienen endlich noch diejenigen Präventiveinrichtungen allgemeinerer Natur, die ihrer Form nach unter den Gesichtspunkt pflichtmässiger Genossenhülfe fallen. Vor allem gehören hierher Rechtsvorschriften, welche die Rechtsgenossen schlechtweg oder doch mehr oder weniger umfassende Klassen von Nicht-Beamten zu einer Unterstützung der sicherheitspolizeilichen

---

die in der Verordnung enthaltenen Strafbestimmungen wird an dem Charakter der Verordnung im ganzen nichts geändert. Nur sofern man diese Strafbestimmungen als solche — also ausschliesslich in Beziehung auf die etwa übertretenen Vorschriften der Verordnung — ins Auge fasst, erscheinen sie wie alle andern Strafsatzungen als Repressiv-Normen.

Tätigkeit des Staates verpflichten, sei es nur unter Voraussetzung besonderer Aufforderung seitens eines zuständigen Polizeiorgans, sei es schon ohne solche, wie insbesondere der eine beschränkte Anzeigepflicht gegenüber der Behörde oder dem vom verbrecherischen Vorhaben Bedrohten sanktionierende § 139 des Str. G. B. Anderseits ist an dieser Stelle auch der Institutionen der Rechtsanwaltschaft und des Notariats zu gedenken. So wenig deren Zweck in der Verhütung künftigen Unrechts sich erschöpft, so gewiss dienen sie doch auch diesem Präventivzwecke, indem sie gewissen Gefahren begegnen sollen, die teils aus unzureichender Kenntnis, teils aus ungeschickter Handhabung des Rechts leicht entspringen können.

3. Mit der Schlussbemerkung in Nr. 2 ist bereits die Brücke geschlagen zu einer der wichtigsten speziellen Präventivmaassregeln des Rechts wider das Unrecht, — einer Maassregel, deren Verwendung die Hauptaufgabe des Notariats bildet, aber allerdings auch anderen Subjekten in mannigfacher Weise obliegt: zu der solennen Beurkundung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen. Wir betonen hierbei nicht die besondere Bedeutung, welche die feierliche Beurkundung für die rechtliche Gültigkeit gewisser Rechtshandlungen hat. Freilich liegt in dem Umstande, dass das Recht die feierliche Beurkundung zur Bedingung der Gültigkeit einer konkreten Rechtshandlung oder eines ganzen Komplexes solcher Handlungen macht, auch ein unzweideutiger Hinweis, dass gerade diese Arten von Rechtshandlungen gegen spätere Anfechtung und Missdeutung möglichst sichergestellt werden sollen. Allein genau demselben Bedürfnis, ja sogar in noch prägnanterer Weise entspricht die freiwillige, vom Rechte nicht für die Gültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts geforderte, sondern bloss auf den Wunsch der Parteien erfolgende Beurkundung; nur ist es für die Wirksamkeit der letzteren gleichgültig, ob sie unmittelbar mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts verbunden oder erst nachträglich vorgenommen wird.

Aus den vorstehenden Sätzen folgt schon, dass die darin berührte Unterscheidung zwischen wesentlichen Formen einer Rechtshandlung und blossen Maassregeln zur Sicherung ihrer Wirksamkeit keine tiefgreifende Bedeutung für unsere gegenwärtige

Erörterung hat. Damit ist nicht gesagt, dass diese Unterscheidung eine rein äusserliche — nach der Verschiedenheit der Rechtsfolgen der Beobachtung oder Nichtbeobachtung — sei. Vielmehr liegt der Erhebung einer gewissen Maassregel zur wesentlichen Form einer Rechtshandlung wohl fast immer der Gedanke (oder wenigstens ein gewisses Gefühl) zu Grunde, dass diese Form geeignet sei, einer voreiligen Rechtsetzung vorzubeugen. Dass dadurch zugleich für eine Sicherung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gegen spätere Missdeutung und Anfechtung gesorgt werden soll, versteht sich von selbst, ist aber mehr nur eine natürliche Konsequenz des an erster Stelle stehenden Zweckes. Umgekehrt besteht das Charakteristische „blosser Sicherungsmaassregeln", wie schon die Wortzusammenstellung zeigt, gerade darin, dass sie ausschliesslich oder doch ganz vorzugsweise die Sicherung schon begründeter oder doch als begründet gedachter Rechtsansprüche bezwecken. Aber bei alledem ist nie zu vergessen, dass nicht nur die Aufstellung und Verwendung derartiger Spezialmaassregeln in den verschiedenen positiven Rechten eine höchst mannigfaltige ist, sondern auch innerhalb derselben Rechtsordnung Maassregeln vorkommen, die nach der von ihr beliebten Verwendung, wie das schon angezogene Beispiel der Beurkundung zeigt, bald der einen, bald der andern der soeben besprochenen beiden Klassen zugerechnet werden müssen. Ja, die spezifischen Sicherungsmaassregeln, wie Bürgschaftsvertrag, Pfandbestellung u. ä., unterliegen meist selbst wieder ganz besonderen Formvorschriften, die als solche in die erste Klasse von Präventivmaassregeln fallen.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, einen oberflächlichen Überblick auch nur über die wichtigsten speziellen Präventivmaassregeln unseres heutigen Rechts zu geben. Zumal die Darstellung der wesentlichen Formen einer Rechtshandlung gehört naturgemäss zur Erörterung dieser Rechtshandlung selbst. Eher noch mag man an eine übersichtliche Vorführung der reinen Sicherungsmaassregeln, insbesondere innerhalb eines beschränkten Rechtsgebietes denken. In der Tat haben unsere Privatrechtslehrbücher diesen Weg beschritten, indem sie bestimmte Gruppen von Sicherungsmitteln oder Kautionen und zwar wiederum nach dem besonderen Zwecke der einzelnen Maassregeln unterscheiden,

als nämlich: Mittel zur Sicherung des Beweises und der richtigen Auslegung (Beurkundung, Zeugen, Verbalkaution),[5]) zur Stärkung der Erfüllungsgeneigtheit des Verpflichteten (Strafversprechen und Eid), zur faktischen Verwirklichung des Erfüllungszweckes (Realkautionen teils privatrechtlicher,[6]) teils prozessualischer Art). Die eingehendere Betrachtung der einzelnen Einrichtungen verweisen sie jedoch, je nach ihrem besonderen Charakter, an die verschiedensten Punkte des Rechtssystems. Und hiervon abzugehen besteht schwerlich ein Bedürfnis, sofern man sich nur fortgesetzt erinnert, dass das Gemeinsame an allen diesen Einrichtungen der Zweck der Rechtsbewährung durch Spezial-Prävention ist.

4. Unter „Repression" verstehen wir, wie schon in Nr. 1 angedeutet wurde, die Bewährung des Rechts gegenüber einem bereits begangenen Unrecht. Gehen wir nun aus von der bereits wiederholt angestellten Erwägung (vergl. § 30, Nr. 1 und § 44, Nr. 1 und 2), dass die natürlichste und beste Art der Rechtsbewährung (im weiteren Sinne) in der freien, auf bewusster oder instinktiver Anerkennung der Rechtsnormen beruhenden Erfüllung der Rechtspflichten zu erblicken ist, so liegt es, rein logisch betrachtet, am nächsten, die Geltungsbewährung des Rechts wider ein schon vorhandenes Unrecht, d. h. wider die Nichterfüllung einer bestimmten Rechtspflicht, in gewissen durch sekundäre Rechtsnormen hergestellten Einrichtungen zu suchen, durch welche der im Unrecht befindliche Verpflichtete genötigt wird, seine Rechtspflicht nachträglich doch noch zu erfüllen.[7]) Hiermit ist natür-

---

[5]) Eine freiwillig gewährte Verbalkaution liegt in jedem Anerkennungsvertrage. Es gibt aber auch, wenn ich recht sehe, eine erzwingbare Verbalkaution: das Urteil im Feststellungsprozesse.

[6]) Nur von diesen Realkautionen privatrechtlicher Art handeln die §§ 232 bis 240 des B. G. B. unter dem Titel „Sicherheitsleistung". Damit ist ein engerer technischer Begriff der „Sicherheitsleistung" geschaffen und ich habe deshalb diesen Ausdruck bei meinen allgemeineren Auseinandersetzungen geflissentlich vermieden.

[7]) Es mag schon hier betont werden, dass ich zu diesen Einrichtungen des Rechts auch die vom Rechte gebotene oder erlaubte Verteidigung gegen rechtswidrige Angriffe aller Art rechne: sofern nämlich darin stets die Nötigung zu einer nachträglichen Unterlassung liegt, zu welcher der rechtswidrig Handelnde schon an sich verpflichtet gewesen wäre. Man kann vielleicht

lich nicht gesagt, dass die erzwungene nachträgliche Erfüllung einer Rechtspflicht der freiwilligen rechtzeitigen Erfüllung gleich zu achten sei. Im Gegenteil; es besteht unter allen Umständen — nicht nur in formell-logischer Beziehung, sondern namentlich auch bezüglich des Wertes der Erfüllung — eine wesentliche Differenz zwischen diesen beiden Arten. Einerseits zeigt sich dieselbe in den materiellen Nachteilen, welche das Ausbleiben der zu erwartenden Erfüllung zu dem vorgesehenen Zeitpunkte, sowie die Nötigung zu besonderen Kraftaufwendungen für den Berechtigten mit sich bringt. Anderseits erscheint von einem höheren, idealen Standpunkte aus schon an sich die erzwungene Erfüllung als rechtlich minderwertig im Vergleiche mit der freiwilligen. Von dem ersteren Gesichtspunkte aus ergibt sich das Bedürfnis nach einer materiellen Ergänzung der nachträglichen Leistung des Verpflichteten, von dem zweiten — wenn nicht schlechthin, so doch in schwereren Fällen — die Notwendigkeit, dem verletzten Rechtsgefühl noch eine besondere Genugtuung zu verschaffen oder m. a. W. deutlich zur Geltung zu bringen, dass das Recht schon um seiner selbst willen Beobachtung fordert. Alle Rechtseinrichtungen oder Normenkomplexe, die den beiden letzterwähnten Zwecken dienen sollen, fassen wir unter den allgemeinen technischen Bezeichnungen „Ersatzzwang“ und „Satisfaktionszwang“ zusammen. Freilich macht sich das gedachte zwiefache Bedürfnis in verschärftem Maasse geltend, wo die Mittel des Erfüllungszwangs versagen oder überhaupt nach Lage des Falles, nach der Natur der Rechtsverletzung gar nicht oder nur in beschränkter Weise anwendbar sind. Allein es ist vielleicht nicht überflüssig, von vornherein zu betonen, dass nach unserer Auffassung der neben dem Zwange zur Erfüllung einhergehende Ersatzzwang, wie er etwa im Zwang zur Gewährung von Verzugszinsen

---

darüber streiten, ob dies dem natürlichen Verständnis des Wortes „Erfüllungszwang“ entspricht. Auch ich würde nicht viel einzuwenden haben, wenn man lieber diesen Verteidigungs- oder Unterlassungszwang als eine besondere Art der Repression unmittelbar neben oder vor den Erfüllungszwang stellen will. Keinesfalls jedoch darf dabei vergessen werden, dass die Abwehr (der Zwang zur Unterlassung) einer rechtswidrigen Handlung im Hinblick auf die verletzte Verbotspflicht genau dieselbe Rolle spielt, wie der Zwang zu einer positiven Leistung gegenüber der verletzten Gebotspflicht.

und zur Erstattung der Prozesskosten uns entgegentritt, dem Wesen nach nichts anderes ist, als der selbständig auftretende, wenn auch der Inhalt des letzteren naturgemäss ein umfassenderer ist. Das gleiche gilt von dem Begriff des Satisfaktionszwangs und bezw. der „Strafe". Auch bedarf es wohl kaum der Bemerkung, dass die drei von uns unterschiedenen Formen der Repression (oder auch bloss zwei von ihnen) so eng miteinander verbunden auftreten können, dass sie sich sozusagen nur als verschiedene Funktionen einer einzigen Einrichtung darstellen. Belege hierfür werden, so weit nötig, die nachfolgenden Einzelausführungen bringen.

5. Die Wortbildung „Erfüllungszwang" ist an und für sich so geartet, dass man sie allenfalls auch für blosse Präventivmaassregeln gegen eine erst zu erwartende Pflichtverletzung verwenden könnte; denn in der Tat liegt in diesen auch eine Art Zwang zur Erfüllung, ja sogar zur eigentlichen, rechtzeitigen Erfüllung. Um so entschiedener mag zunächst hervorgehoben werden, dass ich das Wort „Erfüllungszwang" konsequent in einem engeren Sinne gebrauche. Indem wir den Erfüllungszwang als eine Art der Repression vorführen, haben wir schon angedeutet und dann auch ausdrücklich ausgesprochen, dass wir dabei nur an den Zwang zur nachträglichen Erfüllung denken, also nur an einen Zwang, der erst eintritt, wenn der Verpflichtete seine Pflicht nicht aus freien Stücken erfüllt.

Anderseits fassen wir (wie schon in Nr. 4, Anm. 7 betont ist) den Begriff der Nicht-Erfüllung und entsprechend den der nachträglichen erzwungenen Erfüllung von Rechtspflichten in weitester Bedeutung. Es kommen daher nicht nur Pflichten zu positiven Leistungen, sondern auch Pflichten zu einem blossen Unterlassen in Betracht, wie sie durch Verbote aller Art auferlegt werden. Die Nicht-Erfüllung besteht dann natürlich in Handlungen, die sich als Übertretungen der betreffenden Verbote darstellen; und der Erfüllungszwang charakterisiert sich hiernach als Abwehr dieser rechtswidrigen Handlungen, sei es durch eigene Kraft des in seinem Rechte Verletzten, sei es mittels Anrufung der Genossenhülfe oder einer obrigkeitlichen Gewalt.[8]) Im letzteren Falle, gleichwie bei

[8]) Unter diesen Gesichtspunkt fällt daher auch die Zurückweisung unberechtigter Ansprüche im Prozess, sowie die Herbeiführung der Nichtigkeits-

der entsprechenden Geltendmachung eines Anspruchs auf positive Leistung, muss selbstverständlich der ganze prozessualische Apparat von der Klage bis zum Urteil, ja sogar mit Einschluss der Hülfsauflage (wo solche besteht) und der etwaigen mündlichen Zahlungsaufforderung des Gerichtsvollziehers unter unseren Begriff des Erfüllungszwangs gebracht werden, nur dass sich die einzelnen Prozesshandlungen auf verschiedene Prozesssubjekte verteilen und demgemäss als formell sehr verschiedene Akte der Rechtsbewährung (§ 45) sich darstellen.

Eine starke Strömung in unserer heutigen Juristenwelt, ja wohl geradezu die herrschende Meinung, geht sogar noch erheblich weiter: Sie zieht nicht nur das zur Erfüllung eines Rechtsanspruchs verpflichtende Urteil, sowie die etwa noch nachfolgende Hülfsauflage oder mündliche Zahlungsaufforderung, sondern auch die gesamte sich daran anschliessende Exekution unter den Begriff des Erfüllungszwangs. Diese Auffassung vermag ich mir indessen nicht anzueignen. Dem oberflächlichen Beobachter bietet sie allerdings zwei zunächst bestechende Vorteile. Erstens kommt darin anscheinend sofort und deutlich die enge Beziehung zum Ausdruck, die zweifellos zwischen der Zwangsvollstreckung und der vorausgegangenen Verurteilung, eventuell in noch erhöhtem Grade zwischen der Hülfsauflage oder der letzten mündlichen Zahlungsaufforderung des Gerichtsvollziehers und den übrigen Vollstreckungsakten besteht. Zweitens bedarf es danach gar keiner besonderen Erklärung mehr, wie auch ein Erfüllungszwang gegen Unzurechnungsfähige gedacht werden könne. Allein bei näherer Erwägung erweist sich doch dieser zwiefache Gewinn als völlig illusorisch. Das Bemühen, die verhältnismässig harmlose, jedenfalls naheliegende und in ihrer Tragweite genau begrenzte Fiktion einer Pflicht-

---

erklärung für ein aus irgendwelchem Grunde anfechtbares Rechtsgeschäft im Wege der Klage. Denn auch hier handelt es sich schliesslich um Erzwingung einer Unterlassung, die sich darstellt als Erfüllung einer Rechtspflicht: das eine Mal auf Grund der im Verteidigungswege geltend gemachten Unzulänglichkeit der Klage oder sonstiger Entlastungsgründe des Beklagten, das andere Mal auf Grund der behaupteten und nachgewiesenen rechtlichen Unvollkommenheit des von anderer Seite zu Unrecht in Anspruch genommenen Rechtsgeschäfts.

erfüllung durch gesetzliche Vertreter zu vermeiden, führt in Wahrheit zu einer noch viel künstlicheren und weitergreifenden Fiktion: zu der Annahme einer Erfüllung von Pflichten durch erlaubte Gewaltakte des Erfüllung-Fordernden oder der von ihm angerufenen Organe der Obrigkeit.[9]) Und ebendarum wird die wirklich vorhandene Beziehung zwischen Urteil und Vollstreckung, zwischen der Zahlungsaufforderung des Gerichtsvollziehers und den eventuell unmittelbar daran sich knüpfenden sonstigen Vollstreckungsakten verfälscht durch die Subsumtion beider unter den Begriff des Erfüllungszwangs: Von einem wahren Zwange zur Erfüllung kann immer nur die Rede sein im Anfangs- oder Vorstadium der Zwangsvollstreckung; die übrigen Vollstreckungsakte haben vielmehr ihren Grund in der trotz des angewendeten Zwanges nicht zu erreichenden Erfüllung, und das sie mit jenem Anfangsstadium verbindende Band besteht demgemäss, abgesehen von der Tatsache der äusseren Gewaltanwendung, bloss in dem gemeinsamen Zwecke der unmittelbaren materiellen Befriedigung des Berechtigten.

---

[9]) Am allerwenigsten darf daher aus einem solchen angeblichen Erfüllungszwange gegen Unzurechnungsfähige ein Argument dafür entnommen werden, dass die Rechtsnormen sich auch an Unzurechnungsfähige richten. Der in dieser Richtung von Thon (Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 96 ff.) versuchte Beweis ist verfehlt. Wenn es nicht noch bessere Gründe für die Behauptung gäbe, dass zu den Adressaten der Normen auch die Unzurechnungsfähigen gehören — wie wir solche in der Tat oben in § 37, Nr. 2 vorgeführt zu haben glauben —, so würde aus dem angeblichen Erfüllungszwange gegen solche Personen, ebenso wie aus der positiv-rechtlichen Anerkennung von Verpflichtungen derselben immer nur zu folgern sein, dass das Recht sie als pflichtfähig voraussetze, also — falls dies mit anderen Voraussetzungen des Rechts nicht zu vereinen — sie als Adressaten seiner Normen bloss fingiere. Denn wie hoch man auch die Bedeutung der materiellen Befriedigung des Berechtigten oder, um mit Thon zu reden, der Interessen-Wahrung anschlägt — man mag sie immerhin als Haupt- und Endzweck auch des Erfüllungszwangs bezeichnen —, die Behauptung, dass der Erfüllungszwang überhaupt nicht Beugung des Willens bezwecke, wird dadurch nicht gerechtfertigt. Ohne Vermittelung des Willens des Verpflichteten gibt es — wenigstens bezüglich einer Pflicht zu positiven Leistungen — keine wirkliche Erfüllung der Pflicht, und darum auch keinen Erfüllungszwang ohne eine gewisse Beugung dieses Willens.

Allerdings können die eigentlichen Zwangsvollstreckungshandlungen gelegentlich noch den Verpflichteten zur nachträglichen Erfüllung oder einen Dritten zur Leistung für denselben veranlassen. Auch ist offen zuzugeben, dass die eine wahre Erfüllung bezweckenden Zwangshandlungen und die auf „Ersatz", d. h. auf ein blosses Surrogat der Erfüllung gerichteten, in mannigfacher Weise ineinandergreifen. Allein so wenig jene gelegentliche Wirkung als der charakteristische Zweck, z. B. der Auspfändung oder der öffentlichen Ankündigung der Versteigerung, betrachtet werden darf, so wenig wird durch das tatsächliche Mit- und Durcheinander von Zwangshandlungen verschiedener Art die begriffliche Scheidung und Einordnung in unsere beiden Kategorien ausgeschlossen.[10])

6. Was ich unter „Ersatzzwang" verstehe, ist schon in den bisherigen Erörterungen (besonders in Nr. 4 und 5) gelegentlich ausgesprochen, nämlich: Zwang zur Beschaffung eines materiellen Ersatzes (Surrogats) für die mangelnde Erfüllung. Natürlich kann von diesem Ersatzzwang als einem Mittel der Rechtsbewährung immer nur die Rede sein, sofern er durch die Rechtsordnung sanktioniert — geboten oder doch erlaubt — ist. Die hierauf bezüglichen sekundären Rechtsnormen aber zerfallen, genauer besehen, in zwei wohl zu unterscheidende Gruppen, je nachdem der Grund der mangelnden Erfüllung hauptsächlich in der mangelnden Bereitwilligkeit des Verpflichteten oder vielmehr in sachlichen Verhältnissen zu suchen ist, die ihm eine Erfüllung der Pflicht im konkreten Falle unmöglich machen. Der ersten Voraussetzung entspricht die unter bestimmten Bedingungen ein-

[10]) Dass es auch einzelne Vollstreckungshandlungen gibt, die ausnahmsweise ganz oder doch in erster Linie auf Herbeiführung nachträglicher Erfüllung zugeschnitten sind, wie z. B. die Schuldhaft (die in dieser Beziehung auf der gleichen Stufe steht, wie die Zwangshaft gegen säumige Zeugen), leugnen wir natürlich nicht. Aber keinesfalls ist ein solcher Zweck schon aus der Tatsache zu entnehmen, dass eine Maassregel gelegentlich so wirkt. Dies beweist am schlagendsten der oben angedeutete Nebenfall, in dem ein Dritter sich durch die eingeleitete Exekution zur Zahlung bestimmen lässt; denn ein Erfüllungszwang gegen Nichtverpflichtete muss auch dem als ein juristisches Unding erscheinen, der die Annahme einer „Erfüllung durch dritte Personen" — mit oder ohne Fiktion — für zulässig erachtet.

tretende Anordnung oder Zulassung von Zwangshandlungen des Berechtigten selbst oder gewisser von ihm anzurufenden Personen, durch welche unmittelbar für eine irgend mögliche Befriedigung derjenigen materiellen Bedürfnisse gesorgt wird, die durch die ausgebliebene rechtzeitige Pflichterfüllung hätten befriedigt werden sollen. Unter der zweiten Voraussetzung dagegen begnügt sich das Recht zunächst, die alte, unerfüllbar gewordene Verpflichtung durch eine neue, nach Art und Wert der alten bemessene zu ersetzen, und erst bei trotzdem eintretender Nicht-Erfüllung dieser neuen Pflicht und bezw. nach Versagen des bezüglich derselben versuchten Erfüllungszwanges greifen auch hier die vorher erwähnten direkten Zwangseinrichtungen Platz.

Um die eigentümliche Bedeutung der vorerwähnten beiden Normengruppen und ihr Verhältnis zueinander noch schärfer herauszuheben, ist es vielleicht nützlich, den Unterschied noch in einigermaassen anderer Weise zu formulieren, etwa so: Die sekundären Normen der ersten Gruppe begründen eine Anwendung physischer Zwangsmaassregeln, durch welche dem Berechtigten unmittelbar[11]) Ersatz für die ausgebliebene und auch nicht nachträglich zu erlangende Erfüllung der seinem Anspruche korrespondierenden Rechtspflichten zu teil werden soll; die Normen der zweiten Gruppe dagegen begründen, für sich allein betrachtet, nur einen psychischen Zwang, bestehend in der Konstituierung einer Ersatzpflicht für den Erstverpflichteten, unter ausdrücklicher oder stillschweigender (in anderen Bestimmungen des Rechts enthaltener) Bedrohung mit einem eventuellen physischen Zwange der vorher berührten Art.

Dass ich mich für die Vereinigung dieser beiden Gruppen von Rechtsnormen unter dem Gesichtspunkte des „Ersatzzwangs", sowie für die Unterscheidung zwischen „direktem und indirektem Ersatzzwang", wie ich der Kürze halber die dadurch normierten Einrichtungen bezeichnen möchte, auf keinen schon feststehenden juristischen Sprachgebrauch berufen kann, verhehle ich mir selbstverständlich nicht. Im Gegenteil; ich gestehe offen, dass nicht

[11]) Das Wort „unmittelbar" ist natürlich cum grano salis zu verstehen; doch habe ich wohl nicht nötig, mich hierüber ausführlicher zu verbreiten.

nur die gedachten Ausdrücke, sondern auch die bestimmten Begriffe, die ich damit verbinde, dem positiven Rechte selbst, namentlich auch unserm heutigen deutschen Recht so gut wie unbekannt sind. Allein so gewiss die Tatsache, dass eine positive Rechtsordnung einer bestimmten Systematik folgt, für sich keineswegs einen Beweis für den wissenschaftlichen Wert dieser Systematik abgibt, so gewiss kann überhaupt die einem positiven Rechte, ja sogar eine der Gesamtheit der uns bekannten positiven Rechte innewohnende Auffassung bestimmter Rechtseinrichtungen keine unübersteigliche Schranke bilden für die wissenschaftliche Forschung über den realen Gehalt und Zusammenhang dieser Einrichtungen. (Vergl. § 1, Nr. 4, Bd. I, S. 7—11.) Kein einsichtiger Jurist wird leugnen, dass es Zusammenhänge im Rechte gibt, die sogar von den Verfassern der bezüglichen Gesetze, Verträge usw. gar nicht geahnt und in der Folge auch von den gesamten Rechtsgenossen lange Zeit nicht erkannt oder doch nicht berücksichtigt werden. Nichts anderes aber, als ein derartiger nicht erkannter oder wenigstens ungebührlich vernachlässigter Zusammenhang ist es, den ich mit den Ausdrücken „direkter“ und „indirekter Ersatzzwang“ scharf hervorzuheben und zu kennzeichnen bemüht bin. Und eben im Hinblick hierauf halte ich auch die im vorstehenden gegebene nähere Bestimmung dieser beiden Begriffe für sachlich, wie sprachlich gerechtfertigt.

Zuvörderst sprachlich. Das Wort „Ersatz“ deutet unter allen Umständen auf ein Etwas hin, das an Stelle eines anderen gesetzt wird. Freilich ist damit die Bedeutung des Wortes nicht erschöpft. Vielmehr muss, um von einem wirklichen „Ersatz“ reden zu können, noch weiter hinzukommen, dass dieses Etwas dem zu ersetzenden mindestens gleichwertig ist, und zwar gleichwertig vom Standpunkte dessen aus, dem Ersatz zu teil werden soll für jenes andere, ganz oder teilweise verloren gegangene oder vergeblich erwartete Etwas. Im übrigen jedoch ist es sprachlich gleichgültig, was als das zu Ersetzende angesehen werden soll; es ist also zweifellos erlaubt, von „Ersatz für die ausgebliebene Erfüllung einer Rechtspflicht“ zu reden und entsprechend als „Ersatzzwang“ jede Zwangsanwendung zur Herbeiführung eines solchen Ersatzes zu kennzeichnen.

Allerdings ist hiermit noch nicht erklärt, wie wir dazu kommen, die Worte „Ersatz“ und „Ersatzzwang“ schlechtweg in diesem näher bestimmten Sinne zu gebrauchen. Ja, ich muss sogar zugeben, dass dieser Gebrauch in einem gewissen Widerspruch steht mit der bisherigen Gewohnheit, die Ausdrücke „Ersatz“ und „Schadenersatz“ als identisch zu betrachten. Nicht als wenn ich leugnen wollte, dass überall, wo ein rechtswidriges Verhalten den Grund der Ersatzpflicht bildet, der „Ersatz des Schadens“, d. h. der durch das rechtswidrige Tun oder Unterlassen herbeigeführten Vermögensverminderung oder, was dasselbe besagt, des „Interesses des Geschädigten“ sich sachlich — und in gewisser Weise sogar begrifflich — mit dem deckt, was ich als „Ersatz der mangelnden Erfüllung“ bezeichne.[12]) Ohne diese, allerdings ganz bestimmt eingeschränkte Übereinstimmung mit dem herkömmlichen juristischen Sprachgebrauche würde in der Tat die von mir vorgeschlagene Terminologie kaum praktisch verwendbar sein. Allein der allgemeine Begriff des Schadenersatzes, wie er uns in der Literatur und der Gesetzgebung entgegentritt, erscheint ganz und gar nicht geeignet,

[12]) Besteht doch der durch rechtswidriges Verhalten entstandene Schade, soweit er Vermögensschaden ist — und nur ein solcher kommt bei der Ersatzfrage in Betracht —, gerade darin, dass dem Geschädigten etwas entzogen worden ist, was ihm im Falle korrekter Pflichterfüllung seitens des Unrechthandelnden erhalten geblieben oder zu teil geworden wäre. Ebendarum gehört zum vollen Ersatz des Schadens nicht nur der Ersatz für den unmittelbaren Verlust an bereits vorhandenen Vermögensobjekten, sondern auch der Ersatz für den entgangenen Gewinn. Eine ganz andere Frage ist natürlich, ob oder wie weit ein positives Recht dem Geschädigten Anspruch auf vollen Ersatz zubilligen will; desgleichen, ob oder wie weit die Berechnung des Schadens oder, richtiger gesagt, die Feststellung des hiernach gebotenen Ersatzes für den erlittenen Schaden (für die mangelnde Erfüllung) nach einem allgemeinen Durchschnittsmaassstabe oder vielmehr aus den besonderen Verhältnissen (Interessen) des Geschädigten heraus erfolgen soll. Selbst wo eine Rechtsordnung im Prinzip die ausgedehnteste Ersatzpflicht im Falle der Verletzung von Rechtspflichten sanktioniert, können doch besondere Gründe für die Aufstellung von Ausnahmen vorliegen: so z. B. bei Rechtsübertretungen Unzurechnungsfähiger oder bei sonst mangelnder subjektiver Verschuldung, so insbesondere auch in Fällen, wo eine richtige Abschätzung des Schadens oder, was dasselbe besagt, der Folgen der Nichterfüllung (Pflichtverletzung) für das Vermögen des direkt oder mittelbar Geschädigten ohne genauere gesetzliche Handhaben kaum möglich sein würde.

dasjenige zu kennzeichnen, worauf es bei der gegenwärtigen Erörterung ankommt: die materielle Befriedigung des Berechtigten als Ziel der Rechtsbewährung in den Fällen, in denen der Erfüllungszwang nicht ausreicht oder ganz versagt. Einmal enthält das Wort „Schadenersatz" gar keinen klaren Hinweis, warum und von wem Ersatz geleistet werden soll; es gibt zahlreiche Fälle von Schadenersatz, in denen die Ersatzpflicht keineswegs die Nicht-Erfüllung einer anderen Pflicht und darum auch keine rechtswidrige Handlung zur Voraussetzung hat, — Fälle also, in denen von einer Bewährung des Rechts wider das Unrecht überhaupt nicht die Rede sein kann. Umgekehrt ist es wenig üblich, die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen und zur Erstattung von Prozesskosten unter den Begriff der Schadenersatzpflicht zu bringen; dass sie aber als Mittel der Repression und zwar als Ersatz der mangelnden rechtzeitigen Erfüllung — eventuell auch neben der nachträglich erzwungenen Erfüllung — anzusehen sind, wird sich schwerlich bestreiten lassen. Wie unmöglich es vollends vom Standpunkte des Sprachgebrauches aus ist, diejenigen Akte der Zwangsvollstreckung, die nach dem in Nr. 5 Ausgeführten nicht unter den Begriff des Erfüllungszwanges subsumiert werden dürfen, statt dessen als Schadenersatz zu charakterisieren, bedarf wohl keiner besonderen Darlegung. Dagegen trägt der von mir vorgeschlagene Ausdruck „Ersatzzwang" all den vorbezeichneten, für unsere Betrachtung maassgebenden sachlichen Gesichtspunkten um so besser Rechnung, als er bis jetzt noch in keiner bestimmten Richtung allgemein gebräuchlich geworden ist. Die Wortverbindung „Ersatzzwang" weist zur Genüge darauf hin, dass es sich um Ersatz für etwas handelt, das eigentlich freiwillig hätte geleistet werden sollen, und dass sich der Zwang deshalb gegen denjenigen richtet, dem diese ausgebliebene Leistung oblag.[13]) Und eben, wenn man diesen Gedanken festhält, so ist diese Wortverbindung

[13]) Vor allem drängt sich dieser Gedanke da auf, wo die nicht erfüllte Pflicht ein positives Tun zum Inhalt hatte, die Pflichtverletzung also in einem einfachen Unterlassen besteht. Aber genauer betrachtet erscheint auch das rechtswidrige Tun als ein Ausbleiben der pflichtmässigen Leistung, sofern nämlich die letztere in einem dem Rechte entsprechenden Unterlassen bestanden haben würde.

von vornherein unanwendbar auf Fälle, in denen die Ersatzpflicht ihren Grund nicht hat in einer vorausgegangenen Nicht-Erfüllung einer anderen Pflicht, sondern im Eintritt sonstiger vertragsmässig oder gesetzlich vorgesehener Umstände, und sie ist anderseits durchaus anwendbar auf die Beitreibung der Verzugszinsen und Prozesskosten, sofern hierin unleugbar ein Ersatz, wenn nicht für die mangelnde Erfüllung überhaupt, so doch für die mangelnde rechtzeitige Erfüllung zu erblicken ist. Zugleich umfasst sie — genauer in der Formel „direkter Ersatzzwang" — die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, d. h. mit Ausnahme derjenigen Vollstreckungsakte, die sich zunächst nur als Zwang zur nachträglichen Erfüllung darstellen.

Die letzterwähnten Momente bilden aber auch — mindestens vom Standpunkte der Systematik aus — wichtige sachliche Gründe für unsere Terminologie. Wenn man, wie öfters geschieht, Erfüllungszwang, Schadenersatz (oder etwas allgemeiner: Reparation) und Strafe als Mittel der Rechtsbewährung oder, wie man gewöhnlicher sagt, des Rechtsschutzes aufführt, so berücksichtigt man die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne, sowie die Einklagung von Verzugszinsen und Prozesskosten entweder überhaupt nicht oder weist ihnen den Platz kurzweg beim Erfüllungszwange an, was wir schon oben (in Nr. 5) zurückweisen mussten. Nur in unserer Bezeichnungsweise erscheinen diese Dinge deutlich als das, was sie wirklich sind: die eigentlichen Zwangsvollstreckungsakte als direkter Zwang zur Beschaffung eines Surrogats für die mangelnde Erfüllung, die Einklagung der Verzugszinsen und Prozesskosten als indirekter Zwang in der gleichen Richtung (neben dem Zwang zu nachträglicher Erfüllung oder neben einem anderen umfassenderen Ersatzzwange).[14])

[14]) Dass übrigens auch die Konstituierung einer Pflicht zur Wiederherstellung eines Zustandes oder einer Sache in natura als ein indirekter Zwang des Rechts zur Beschaffung eines Surrogats für mangelnde Erfüllung sich darstellen kann, bedarf wohl keiner besonderen Begründung. Selbst wenn Degenkolb Recht hätte mit seiner m. E. sehr anfechtbaren Behauptung, dass der Ausdruck „Schadenersatz" dem gemeinen Sprachgebrauche nach nur den Geldersatz, nicht auch die Wiederherstellung in natura bezeichne, so würde dies noch ganz und gar nichts gegen die Subsumtion der letzteren unter unseren Begriff des „Ersatzzwanges" beweisen.

Vor allem endlich gewinnen wir durch unseren Begriff des indirekten Ersatzzwanges eine gute Position in der in den letzten Jahrzehnten heftig entbrannten Streitfrage um das Wesen der Schadenersatzpflicht. Die beiden extremen Ansichten von Ihering und Binding haben allerdings zur Zeit wohl nur wenig Anhänger. Die Formel: „Keine Schadenersatzpflicht ohne Verschuldung" erscheint nicht nur im Hinblick auf die vertragsmässige Versicherung gegen Schäden der verschiedensten Art, sondern namentlich auch gegenüber den mannigfachen Vorschriften der modernen Gesetzgebung über Haftpflicht als ebenso unhaltbar, wie die angebliche Gegensätzlichkeit von Schadenersatz und Strafe im Lichte einer unbefangenen historischen Betrachtung. Immerhin liegt in der einheitlichen Bezeichnung als Schadenersatz eine starke Versuchung, fortgesetzt nach einem einheitlichen Gesichtspunkte zu forschen, unter welchen die höchst mannigfaltigen Schadenersatzpflichten gebracht werden könnten. Tatsächlich sind dieser Versuchung auch diejenigen erlegen, welche die Schadenersatzpflicht wegen Verschuldung als Regel, alle anderen Arten von Schadenersatzpflicht als blosse Ausnahmen von dieser Regel hinstellen. Nur mit scheinbarem Rechte beruft man sich hierfür auf die geschichtliche Entwickelung des Schadenersatzrechts. Wenigstens sofern man zur Annahme einer Verschuldung unter allen Umständen ein bestimmtes und nachweisbares geistiges Verhältnis des äusserlich tätigen Subjekts zu seiner Tätigkeit voraussetzt, kann gar nicht davon die Rede sein, dass die Schadenersatzpflicht wegen Verschuldung das historische Prius vor jeder anderen Art bilde. Anders liegt allerdings die Sache, wenn man — in Übereinstimmung mit dem von uns in § 40, Nr. 3 Ausgeführten — annimmt, dass auch die reine Erfolgshaftung, wie sie den frühesten Perioden der Rechtsentwickelung eignet, nur als eine primitive Form der Haftung wegen Verschuldung anzusehen ist. Unter der letzteren Voraussetzung, bei welcher nach der Auffassung der betreffenden primitiven Rechtsordnungen der Erfolg nur das Kennzeichen der Schuld abgibt, ist die Verschuldung in der Tat der ursprünglichste Grund der Schadenersatzverbindlichkeit. Allein hieraus für unser heutiges Recht den Schluss zu ziehen, dass die Ersatzpflicht wegen Verschuldung noch immer die Regel bilde, jede andere Art nur eine

Ausnahme, halte ich darum doch nicht für gerechtfertigt. Und zwar vor allem darum nicht, weil es m. E. überhaupt verkehrt ist, die erweiterte Verwendung einer gewissen Einrichtung, wie es die Schadenersatzpflicht ist, als Ausnahme von der Regel zu bezeichnen. Dass die Bedingungen, von denen bisher ihre Wirksamkeit abhing, nicht erfüllt zu sein brauchen, wo gewisse andere, durchaus selbstständig zu beurteilende Bedingungen wirklich erfüllt sind, kann nimmermehr zur Begründung einer solchen Auffassung genügen.[15]) Auf der anderen Seite führt die Gegenüberstellung der Ersatzpflicht wegen Verschuldung und aller anderen Arten von Schadenersatzpflicht zu einer Verkennung oder doch Verwischung der engeren Beziehungen, die zwischen einzelnen dieser anderen Arten, insbesondere zwischen der Haftung Unzurechnungsfähiger und der Schuldhaftung bestehen. Im Gegensatze hierzu vereinigt unsere Terminologie unter dem „indirekten Ersatzzwang" ausser der Ersatzpflicht wegen Verschuldung oder, genauer gesagt, wegen schuldhafter Nicht-Erfüllung auch die mit Rücksicht auf die mangelnde oder doch nicht nachweisbare Verschuldung mehr oder weniger beschränkte Ersatzpflicht unzurechnungsfähiger Personen für ein Tun oder Unterlassen, das sich — gemäss dem in § 37, Nr. 2 Ausgeführten — als Nicht-Erfüllung einer Rechtspflicht des Unzurechnungsfähigen charakterisiert. Gleichzeitig aber dient der Ausdruck „Ersatzzwang" aufs beste dazu, den gesamten Zwang zur Beschaffung eines Ersatzes oder Surrogats für mangelnde Pflichterfüllung streng zu sondern von jeder auf anderen Gründen beruhenden Art von Schadenersatzbestimmungen.

7. Wir haben schon in Nr. 4 darauf hingewiesen, dass Erfüllungs- und Ersatzzwang auf die bestmögliche Befriedigung

---

[15]) Ich möchte nicht missverstanden werden. Geht man von der Formel aus: „Nur bei Verschuldung tritt Schadenersatzpflicht ein", so erscheint natürlich, rein logisch betrachtet, jede weiter sich herausstellende Schadenersatzpflicht als Ausnahme von dieser „Regel". Allein dieser Ausgangspunkt ist eben zu verwerfen. Wirkliche Rechtsnormen lauten einfach: „Das und das soll geschehen!" oder noch häufiger: „Wenn —, so soll —!" Die Voranstellung des „nur" ist immer bloss Ausdruck der Reflexion über einen Rechtsbestand, und diese Reflexion erweist sich als unrichtig, sobald sich eine Ausnahme der gedachten Art konstatieren lässt.

derjenigen materiellen Bedürfnisse abzielen, denen schon die verletzten primären Rechtsansprüche bezw. die übertretenen Rechtsnormen dienen sollten, während der Zweck des Satisfaktionszwanges ein idealer sei: nämlich Bewährung des Rechts um seiner selbst willen, d. h. als ethische Macht oder, was in der Sache dasselbe besagt, Befriedigung des verletzten Rechtsgefühls der von dem Unrecht berührten Rechtsgenossen. Damit war schon angedeutet, dass Erfüllungs- und Ersatzzwang enger zusammengehören, genauer gesagt, dass sie nicht selbständige Hauptarten der Repression, sondern nur zwei Unterarten einer — eines speziellen Namens ermangelnden — Hauptart bilden, denen der Satisfaktionszwang als eine zweite Hauptart gegenübersteht.

Um so näher liegt die Frage, ob nicht innerhalb des Begriffs des Satisfaktionszwanges sich zwei analoge Unterarten konstatieren lassen. In der Tat ist dem so. Wir begreifen unter dem Ausdruck „Satisfaktionszwang" ein Doppeltes: einerseits den „Zwang zur Satisfaktion", also zu einer Leistung des Übeltäters gegenüber dem Verletzten, anderseits den Zwang, durch welchen ein in seinem Rechte Verletzter sich selbst Satisfaktion, will sagen Befriedigung seines Rechtsgefühls verschafft. Die erstere Art von Satisfaktionszwang ähnelt dem Erfüllungszwang bezw. dem indirekten Ersatzzwang, sofern auch dieser in erster Linie Erfüllung einer Verpflichtung, nur eben einer Ersatzpflicht an Stelle der alten bezweckt; die zweite Art entspricht dem direkten Ersatzzwange in dem in Nr. 6 dargelegten Sinne.

Allerdings steht diese weite Fassung des Begriffs in einem gewissen Widerspruch mit der ursprünglichen Bedeutung des Wortes „Satisfaktion". Das Verbum „satisfacere" drückt immer, das Substantiv „satisfactio" mindestens ursprünglich nur eine Handlung des Verpflichteten aus. Demgemäss bildet nach älterer germanischer Anschauung die „satisfactio" den Gegensatz zur Rache (Fehde) und Strafe; und auch die anscheinend weit abweichende römisch-rechtliche Auffassung, nach welcher die „poena" unter den Begriff der satisfactio fällt, ist wohl zunächst daraus zu erklären, dass das Wort „poena" (ποινή) von Haus aus eine vom Übeltäter zu leistende Lösebusse bezeichnet. Jedoch unser heutiger Sprachgebrauch kennt nicht nur ein Satisfaktion-geben (durch Zahlung

und entsprechend ein Satisfaktion-fordern und bezw. -annehmen seitens des Verletzten, sondern er lässt auch den Verletzten selbst „Satisfaktion-sich-nehmen“. Mit der letzteren Wortverbindung aber ist genau unsere zweite Art von Satisfaktionszwang gekennzeichnet.

Je höher man die in den vorstehenden Sätzen berührte Ähnlichkeit in der Doppelgestaltung der beiden Hauptarten der Repression anschlägt, desto schärfer zu betonen ist zugleich die — wesentlich schon aus der Verschiedenheit der angegebenen charakteristischen Zwecke sich ergebende — Verschiedenartigkeit der Voraussetzungen und Mittel.

Die Voraussetzungen des Erfüllungs- und Ersatzzwanges sind in der Hauptsache gegeben durch die bezüglichen Begriffe selbst. Von einem Erfüllungszwange kann selbstverständlich nur die Rede sein, wo und soweit nachträgliche Erfüllung möglich, — von einem Ersatzzwange nur, wo und soweit das dem Berechtigten entzogene oder beschädigte Gut wirklich ersetzbar, d. h. entweder wiederherstellbar oder doch in Geld abschätzbar ist. Wenn jedoch diese Voraussetzungen vorhanden sind, so ist mit der hierdurch gegebenen Möglichkeit in der Regel auch die rechtliche Zulässigkeit der gedachten Zwangsarten anzunehmen; die Fälle, in denen ein Recht trotz der vorhandenen Möglichkeit gar keinen derartigen Zwang kennt, sei es, weil ihm bei gewissen Rechtsnormen nur die freie Erfüllung wertvoll erscheint, sei es, weil es allzu geringfügige Mängel der Pflichterfüllung ignorieren zu sollen glaubt, kommen nur als verschwindende Ausnahmen in Betracht. Nahezu umgekehrt liegen die Dinge beim Satisfaktionszwange. Denkbar ist ein solcher — und zwar in jeder der beiden vorerwähnten Formen — überall, wo eine Verletzung des Rechtsgefühls denkbar ist; also im Grunde bei jedem Unrecht, namentlich bei jedem schuldbaren. Allein tatsächlich ist das Rechtsgefühl — der Einzelnen, wie der Völker und anderer Rechtsgemeinschaften — durchaus nicht immer und überall gleich empfindlich, und demgemäss gehen die verschiedenen positiven Rechte schon in Bezug auf die Frage, wann ein Satisfaktionszwang eintreten darf oder soll, oft weit auseinander. Nur darin stimmen wohl alle überein, dass sie den Satisfaktionszwang auf einen bestimmten engeren Kreis von Unrechtsfällen

beschränken. Dies gilt namentlich auch von den wichtigen Unterarten der Rache und Strafe. Bei der näheren Feststellung jenes jeweiligen Kreises ist jedoch zu beachten, dass der Satisfaktionszwang nicht immer rein für sich, sondern öfters auch in eigentümlicher Verbindung mit Erfüllungs- oder Ersatzzwang auftritt, wie beispielsweise in dem Kompositionensystem der altgermanischen Rechte.

Was die Mittel des Zwanges anlangt, so stimmt der Zwang zur Satisfaktion mit dem Erfüllungszwange und dem indirekten Ersatzzwange darin überein, dass er immer nur als ein psychischer Zwang denkbar ist. Auch ist nicht zu bestreiten, dass die Gewaltmaassregeln oder sonstigen Übel, in deren Androhung ein solcher psychischer Zwang besteht — und mithin auch für die soeben genannten verschiedenen Zwangsarten —, die gleichen sein können. Allein in Wirklichkeit wirkt doch der Zweck in der Regel auch bestimmend auf die Wahl der anzudrohenden Übel; und eben daraus, dass dieser Zweck beim Erfüllungs- und Ersatzzwange mehr oder weniger objektiv bestimmt ist, während er beim Satisfaktionszwange völlig von der Subjektivität des Rechtsgefühls abhängig erscheint, ergibt sich ein tiefgreifender Unterschied zwischen den beiden Hauptarten der Repression. Am deutlichsten tritt dies heraus beim direkten Ersatzzwange im Vergleich mit der zweiten Art des Satisfaktionszwanges, dem gewaltsamen Satisfaktion-nehmen. Als die natürlichste Form des direkten Ersatzzwanges erscheint uns vom Gesichtspunkte des Ersatzzweckes aus die Wegnahme der Objekte, welche pflichtgemäss zu leisten gewesen wären. Ihr am nächsten steht die anderweitige Beschaffung bezw. Wiederherstellung der geschuldeten oder durch die rechtswidrige Handlung beschädigten Gegenstände. Schliesslich bleibt überall, wo diese Formen des Ersatzzwanges versagen, und je nach Bedürfnis oder Volksanschauung auch darüber hinaus die Möglichkeit eines Ersatzes durch das verkehrsmässige allgemeine Ausgleichmittel des Geldes. Selbstverständlich behaupte ich nicht, dass hiermit zugleich die historische Entwickelung des Rechts gekennzeichnet sei; vielmehr hat sich diese zum Teil in umgekehrter Richtung vollzogen. Aber in den Rechten unserer modernen Kulturvölker dürfte jener Gedankengang in der Regel sich nachweisen lassen. Und was für unsere

gegenwärtige Erörterung noch wichtiger ist: Auch diejenigen positiven Rechte, welche eine Zwangsvollstreckung durch Wiederherstellung in natura und selbst durch einfache Wegnahme bestimmter geschuldeter Sachen gar nicht oder doch nur in beschränktem Maasse kennen, fussen doch mit ihren Vorschriften über den zu gewährenden und eventuell zwangsweise zu beschaffenden Ersatz in Geld regelmässig auf der Voraussetzung, dass sich dieser Ersatz nach dem wirtschaftlichen Werte der mangelnden Erfüllung, also nach einem wenigstens teilweise objektiven Maassstabe zu bestimmen habe. Ganz anders liegen die Dinge beim Satisfaktionszwange. Was zur Satisfaktion, d. h. zur Befriedigung oder Beruhigung des verletzten Rechtsgefühls geeignet ist, lässt sich nicht aus dem allgemeinen Begriffe des Rechtsgefühls ableiten. Aus der Erfahrung aber wissen wir, wie schon oben betont, dass Inhalt und Stärke des Rechtsgefühls bei den verschiedenen Völkern und sonstigen Rechtsgemeinschaften äusserst verschieden sind, und entsprechend verschieden sind natürlich auch die Mittel der Befriedigung, der Satisfaktion. Was für ein Unterschied besteht schon zwischen der Befugnis zu ungemessener Rache, wie sie den altnordischen Rechten eigentümlich ist, und dem alttestamentlichen „Aug' um Auge, Zahn um Zahn"! Und welche Mannigfaltigkeit vollends zeigt sich in Art und Maass der Strafen!

8. Mit den letzten Sätzen haben wir bereits vorläufig Stellung genommen zu der Frage nach Wesen und Zweck der Strafe.

Indem wir die Strafe als eine Hauptform des Satisfaktionszwanges aufführen, lehnen wir zuvörderst alle Theorien ab, die den wesentlichen oder gar alleinigen Zweck der Strafe in einer General- oder Spezialprävention gegen Verbrechen erblicken. Nicht als wenn wir leugnen wollten, dass die Strafe auch allerlei Präventivzwecken dienen könne. Im Gegenteil, wir haben schon wiederholt darauf hingewiesen, dass in gewissem Sinne jede Repressivmaassregel zugleich präventiv wirkt und dass überdies je nach Bedürfnis diese Präventivwirkung durch die besondere Ausgestaltung der verschiedenen Strafmittel gesteigert werden kann. Noch mehr: es ist auch durchaus denkbar, dass das verletzte Rechtsgefühl seine Befriedigung unter Umständen gerade in

der Erreichung bestimmter Präventivzwecke findet. So steht z. B. den „Censuren“ oder „poenae medicinales“ des kanonischen Rechts der Besserungszweck geradezu an der Stirn geschrieben. Und auch der modernen kriminologischen Schule wird man zugeben müssen, dass gegenüber den habituellen Verbrechern die Spezialprävention in Gestalt dauernder Unschädlichmachung dem Satisfaktionsbedürfnis der Gesellschaft am meisten entspricht. Immerhin sind hiermit, genauer betrachtet, nur eigentümliche Strafarten gekennzeichnet; was dagegen die gedachten Besserungs- und Präventivstrafen zu Arten Einer Gattung, will sagen überhaupt zu Strafen macht, ist immer nur die Satisfaktion, die sie dem verletzten Rechtsgefühl — dort der Kirche, hier des Staates oder der bürgerlichen Gesellschaft — gewähren. Wo dieses Genugtuungsbedürfnis gar nicht in Frage kommt oder doch nach Lage der Dinge in den Hintergrund treten muss, wie bei der Unterbringung eines verwahrlosten Kindes in einer Besserungsanstalt oder bei der Unschädlichmachung gemeingefährlicher Geisteskranker durch Aufnahme ins Irrenhaus, da kann — wenigstens nach unserer heutigen Anschauung — von Strafe nicht die Rede sein. Und ebendarum haben jene russischen Kriminalisten, die in konsequenter Durchführung der Lehren Lombrosos und seiner Nachfolger mit der Unterscheidung zwischen Schuld und Nichtschuld auch zugleich jede Strafe verwerfen, von ihrem Standpunkte aus vollkommen recht.

Wesentlich die gleiche Position, wie zu den soeben zurückgewiesenen relativen Theorien, ergibt sich für uns gegenüber den sogen. gemischten Straftheorien. Natürlich haben wir gegen die von ihnen mit besonderer Energie zur Geltung gebrachte rechtspolitische Forderung, dass die Strafe verschiedenen Zwecken dienen solle, sachlich gar nichts einzuwenden; namentlich nicht, sofern unter jenen mehreren Zwecken auch ausdrücklich das Genugtuungsbedürfnis der Gesellschaft aufgeführt wird. Allein ihr gemeinsamer Fehler besteht darin, dass sie unterlassen, denjenigen Zweck bestimmt herauszuheben, der für den Begriff der Strafe dergestalt entscheidend ist, dass ohne ihn überhaupt keine Strafe gedacht werden kann, — mögen auch die anderen Zwecke

gelegentlich viel bedeutsamer erscheinen, als dieser begrifflich an erster Stelle stehende.[16])

Umgekehrt fehlen die absoluten Straftheorien darin, dass sie nicht nur alle sonstigen mit der Strafe zu verfolgenden Zwecke geflissentlich ignorieren, sondern auch den für den Begriff „Strafe" entscheidenden Zweck, der ihnen überhaupt der alleinige Strafzweck ist, viel zu eng fassen. Wohl klingt aus allen absoluten Straftheorien mehr oder weniger deutlich der Gedanke heraus, der unsere Ansicht vom Wesen der Strafe in erster Linie bestimmt: Die Strafe ist Mittel zur Befriedigung des Satisfaktionsbedürfnisses der durch das Unrecht Verletzten, — gleichviel, wen man sich hierbei als Verletzten denkt. Aber dieses Mittel wird regelmässig zu einseitig bestimmt. An und für sich ist diese Einseitigkeit noch nicht mit dem Worte „Vergeltung" gegeben, welches von den meisten absoluten Theorien verwandt wird, um das Prinzip der Strafe kurz zu kennzeichnen; seiner ursprünglichen Bedeutung nach könnte dasselbe ganz gut als synonyme Bezeichnung der Genugtuung hingestellt werden. Doch genauer betrachtet verstehen alle jene Theorien darunter nur eine bestimmte Art von Vergeltung, wie sehr sie auch bei der näheren Bestimmung dieser Art auseinandergehen mögen. Und eben darin liegt der Irrtum. Jede dieser verschiedenen Arten kann dem Satisfaktionsbedürfnis eines konkreten Individuums, insbesondere auch Gemeinschaftsindividuums entsprechen; ja, die Geschichte zeigt uns, dass in der Tat alle oder doch die meisten jener besonderen Vergeltungszwecke in den Strafen verschiedener Völker und Zeiten ihre Verwirklichung gefunden haben. Beweis genug, dass nicht ein einzelner dieser ihnen eigentümlichen Zwecke, insbesondere auch nicht die Tendenz der Vergeltung von Gleichem mit Gleichem als für den Begriff der Strafe wesentlich angesehen werden darf, sondern allein der all diesen Zwecken übergeordnete der Satisfaktion.

---

[16]) Dies gilt auch gegenüber den bezüglichen Ausführungen Aschaffenburgs (Das Verbrechen und seine Bekämpfung, Heidelberg 1903, S. 199 ff.), so gern man zugeben wird, dass diese Ausführungen im Hinblick auf die Ausgestaltung der Strafen und insbesondere für den Strafvollzug höchst beachtenswert sind.

Hiermit kehren wir zu dem Punkte zurück, von dem wir oben — im Eingang von Nr. 8 — ausgegangen sind: „Strafe“ ist eine Hauptart des Satisfaktionszwanges. Freilich ist damit das Wesen der Strafe noch nicht erschöpft. Es bleibt vielmehr noch die Frage übrig: Was unterscheidet die Strafe von andern Arten des Satisfaktionszwanges?

„Von andern Arten“: damit soll nicht schon gesagt sein, dass es wirklich mehrere andere Arten von Satisfaktionszwang gebe, die in gleiche Linie mit der Strafe zu stellen wären; ich bin vielmehr geneigt anzunehmen, dass alles, was sich ausser der Strafe als Satisfaktionszwang bezeichnen lässt, wiederum unter Eine grosse Hauptrubrik zu bringen ist, aus welcher sich am schärfsten die rechtlich zugelassene oder gebotene Rache heraushebt. Sei dem indessen, wie ihm wolle, jedenfalls stellt die letzterwähnte „Rache“ eine besondere Form des Satisfaktionszwanges dar, die von der Strafe scharf zu unterscheiden ist. Allerdings weist die neuere kriminalistische Literatur mancherlei Ansätze zu einer Konfundierung von Rache und Strafe auf. Bisweilen hat man die Rache geradezu als Prinzip des Strafrechts hingestellt; aber auch von solchen, die dieser Anschauung fernstehen, wird sie vielfach wenigstens als eine Vorstufe der Strafe charakterisiert. Richtig an diesen Ansichten ist jedoch nur, dass die Tendenz der Genugtuung eine gemeinsame, ebenso für die Rache wie für die Strafe wesentliche ist und dass die rechtliche Zulässigkeit und demgemäss auch der tatsächliche Gebrauch der Rache in dem Maasse abnimmt, als die Ausgestaltung des Strafrechts fortschreitet. Der Unterschied von Rache und Strafe bleibt trotz alledem unverkennbar. Zumal auf dem Boden unseres heutigen Rechts wird es keinem Menschen einfallen, einen Racheakt als Strafe im juristischen Sinne zu bezeichnen. Und zwar hat dies nicht etwa nur seinen Grund darin, dass uns gegenwärtig die Rache in der Regel als etwas rechtlich Unerlaubtes erscheint; gibt es doch auch jetzt noch ein Gebiet, auf welchem die Strafe schlechterdings keine Anwendung findet und darum unter Umständen die Rache (Fehde) oder wenigstens ein ihr ähnliches Vorgehen des Verletzten an ihre Stelle treten muss: das Völkerrecht. Fragen wir aber weiter: Warum kann im Völkerrecht von „Strafe“ nicht die Rede sein?

so haben wir in der Tat auch die Antwort auf die Frage nach dem Unterscheidungsmerkmal zwischen Strafe und Rache in den Händen: Es fehlt im Verkehr der Völker miteinander an einer obrigkeitlichen Gewalt über den einzelnen Staaten, welche die Strafe dem schuldigen Teile auferlegen könnte. Selbst wo sich mehrere Staaten freiwillig einem Schiedsgericht unterwerfen, ermangelt dieses doch der Befugnis, zu strafen. Sehen wir übrigens näher zu, so können wir denselben Unterschied zwischen Strafe und Rache auch schon in jenen Jugendperioden des Rechts beobachten, für welche die rechtlich sanktionierte Privatrache noch eine ganz hervorragende Rolle spielt. Was der Hausherr kraft seiner Hausgewalt, der Stammeshäuptling oder die ganze Gemeinde kraft ihrer Autorität gegen den unterworfenen Genossen übt, ist niemals Rache, sondern etwas davon grundverschiedenes; und wenn es auch den betreffenden Völkern vielleicht noch an einem zusammenfassenden Ausdruck für die verschiedenen Arten solcher Gewaltübung fehlt, so liegt doch darin für uns kein Hindernis, in ihnen samt und sonders die Ausübung einer Strafgewalt zu erkennen.[17])

[17]) Es ist das Verdienst von Steinmetz (Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe, Leiden 1894), die Vorbereitungsstadien der staatlichen Strafe in eingehendster Weise erörtert zu haben. Auffällig ist freilich, dass hierbei die Ausstossung aus der Gemeinschaft (Geschlechtsverband oder Familie, Stamm oder Gemeinde) erst an ziemlich später Stelle erscheint, indem sie erst dann zu einer „bestimmten Strafe" geworden sein soll, „nachdem sich dieser Begriff Strafe überhaupt entwickelt hat" (Bd. II, S. 167). Nach unserer Auffassung ist sie auch da schon Strafe, wo sie in tumultuarischer Weise, ohne Urteil, als Folge unmittelbarer Erregung vollzogen wird, vorausgesetzt nur, dass sie sich als Befriedigung des durch den vorausgegangenen Rechtsbruch verletzten Rechtsgefühls der Gemeinschaft darstellt. Doch gleichviel; die Hauptsache, in der ich mit Steinmetz ganz übereinstimme, ist die scharfe Sonderung von Rache und Strafe. Dadurch wird auch die Frage, ob die gebotene oder doch erlaubte Rache älter ist, als die von einer Gemeinschaft oder der in ihr maassgebenden obrigkeitlichen Gewalt vollzogene Strafe, zu einer blossen Nebenfrage. Für mein Teil bezweifle ich übrigens, ob diese letztere Frage jemals eine befriedigende Antwort finden wird. So gründlich und relativ vorsichtig die Untersuchungen von Steinmetz gehalten sind, so wenig entspricht schon das Berichtsmaterial, auf das er sich stützt, demjenigen Anforderungen, die er in seiner Einleitung (Band I, S. XVIff.) für die ethnographischen Forschungen aufgestellt hat: Fast sämtliche Berichte generalisieren, ohne die Einzelbeobachtungen genau mitzuteilen, auf denen ihre Beschreibung

Nehmen wir alles in allem, so dürfen wir die „Strafe“ definieren als den Satisfaktionszwang, der geübt wird von einer obrigkeitlichen Gewalt (vergl. § 45, Nr. 3), — sei es aus eigener Initiative wegen Verletzung der Obrigkeit selbst oder des von ihr regierten Gemeinwesens, sei es auf Anrufung eines anderen spezieller Verletzten. Mit dieser Definition, welche scharf und deutlich den Gegensatz zur Rache als einer Form der Selbsthülfe hervorhebt — allerdings unter Einbeziehung der Fälle, in denen man allenfalls von einer Selbsthülfe der Obrigkeit sprechen kann (vergl. § 45, Nr. 1 a. E.) —, ist aber zugleich die Richtschnur gegeben für die Rubrizierung gewisser Arten des Satisfaktionszwanges, die wir bereits an anderer Stelle beiläufig erwähnt haben, als nämlich: Zwang zu Abbitte und Ehrenerklärung, Schmerzensgeld und Busse, u. ä. Es bedarf eigentlich wohl keines besonderen Hinweises, dass diese Arten der Satisfaktion auch freiwillig geleistet werden können. Ja, von Haus waren sie wahrscheinlich sämtlich nur Mittel, um Rache oder Strafe abzuwenden. Allein im Laufe der Zeit hat sich ihre Bedeutung dadurch verändert, dass sie selbst erzwingbar geworden sind. Wo nun das Recht eine Auferlegung derselben durch obrigkeitliche Gewalt kennt, da erscheinen sie auch — ganz oder teilweise — als Strafen. So hat man Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung bis ins vorige Jahrhundert hinein regelmässig als Privatstrafen wegen Beleidigung betrachtet; und die Busse kommt noch in unserer neueren Reichsgesetzgebung, wenn nicht als reine Privatstrafe, so doch als eine

---

der Zustände wilder Völkerschaften beruht. Noch schwieriger ist es, aus ihnen zu entnehmen, inwieweit den dargestellten tatsächlichen Zuständen bestimmte Rechtsanschauungen entsprechen. Wer aus der Tatsache, dass die moderne amerikanische Gesellschaft die Kinder in überaus grosser Freiheit aufwachsen lässt, unmittelbar Schlüsse ziehen wollte auf einen Mangel jeder elterlichen Gewalt im heutigen Amerika, der würde sicherlich stark fehlgehen; um so mehr könnte dies bei den verhältnismässig zahlreichen wilden Völkerschaften zutreffen, von denen uns — nach Steinmetz (Band II, S. 181 ff.) — berichtet wird, dass sie ihre Kinder wohl verwöhnen, aber gar nicht erziehen. Endlich ist auch von Steinmetz selber die Frage kaum aufgeworfen, geschweige beantwortet worden, ob die Zustände der betreffenden wilden Völkerschaften wirklich als primitive anzusehen sind oder nicht vielmehr — in grösserem oder geringerem Umfange — als Zustände der Entartung.

Kombination von Privatstrafe und Schadenersatz vor.[18]) Wo es dagegen an einer obrigkeitlichen Gewalt fehlt, die auf Antrag oder aus eigener Initiative derartige Genugtuungsleistungen auferlegen könnte, da ist ein Zwang dazu nur in Form der Selbsthülfe — also nach Analogie der Rache — denkbar. Und in der Tat tritt uns diese Art von Satisfaktionszwang, wie schon oben berührt, auch heute noch in den verschiedensten Formen auf dem Gebiete des Völkerrechts entgegen. Es fehlt nur an einem zusammenfassenden Ausdruck dafür: der Begriff der Selbsthülfe ist zu weit, da er auch den Erfüllungs- und Ersatzzwang, soweit diese durch Eigenmacht des Verletzten ausgeübt werden, mit in sich schliesst; das Wort „Rache" hingegen widerstrebt unserm Sprachgefühl, wo es sich um solche Handlungen von Staat zu Staat, wie z. B. um die Forderung einer Entschuldigung oder Sühne unter ausdrücklicher oder stillschweigender Androhung von Krieg oder Repressalien handelt.

Nach alledem kann der Unterschied zwischen Privatstrafe und öffentlicher Strafe nur in der Verschiedenheit der Subjekte bestehen, denen durch die Strafe in erster Linie Satisfaktion verschafft wird. Bei den Privatstrafen sind dies die in ihren Privatrechtsansprüchen Verletzten, bei den öffentlichen dagegen das in seinen — öffentlich-rechtlichen — Ansprüchen verletzte Gemeinwesen. Wie laut man auch daneben die Tatsache betonen mag, dass die meisten Privatstrafen sich aus der Privatrache — oder richtiger: aus den zur Vermeidung der Racheübung und zwar ursprünglich freiwillig gezahlten Lösegeldern — entwickelt haben, während die öffentlichen Strafen vielmehr auf die Hauszucht und die Coërcition der Stammeshäuptlinge, Völkerschaftsführer usw.

---

[18]) Die Ausführungen v. Wächters über „die Busse" (1874) halte ich — trotz aller Gegenreden — noch heute für nicht widerlegt. Freilich kann man zweifeln, ob nicht überhaupt alle oder doch fast alle „Privatstrafen", soweit es Vermögensstrafen sind, als eine Mischung von Ersatz und Strafe sich nachweisen lassen. Für die Bussen der deutschen Volksrechte wird ein derartiger Doppelcharakter wohl allgemein anerkannt. Aber auch bei den Privatstrafen des römischen Rechts, die für den Sprachgebrauch geradezu vorbildlich geworden sind, dürfte die Sache nicht wesentlich anders liegen. Vergl. Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 14, Anm. 1, S. 752 f., 888 ff.

zurückweisen, für die begriffliche Scheidung kommt diese Verschiedenheit der Entstehung gar nicht in Betracht. Denn von Privatstrafen kann doch eben erst von dem Momente an die Rede sein, wo dem Verletzten die Möglichkeit gegeben wurde, statt der Rache eine Klage auf Lösegeld zu erheben und damit eine obrigkeitliche Verurteilung herbeizuführen.

Nur von dem letzteren Gesichtspunkte aus findet schliesslich auch der Ausdruck „Konventionalstrafe" seine Rechtfertigung. Was die Konventionalstrafe uns als Strafe erscheinen lässt, ist, genauer gesagt, ein Doppeltes: Einerseits bezweckt dieselbe für den durch Vertragsbruch Verletzten nicht bloss Ersatz, sondern zugleich — oder bisweilen auch ausschliesslich — Satisfaktion; anderseits wird ihre Geltendmachung als Strafe, also sofern sie nicht aus freien Stücken geleistet wird, gleich der Privatstrafe vermittelt durch das auf Klage erfolgende autoritative Eingreifen des Richters. Überhaupt unterscheidet sich die Konventionalstrafe von der Privatstrafe einzig darin, dass sowohl die primären Normen, für deren Übertretung sie festgesetzt ist, als die Strafsatzung selbst gleichmässig privatrechtliche Vertragsnormen sind, während die Privatstrafen, ebenso wie die dabei vorausgesetzten verletzten Privatansprüche, regelmässig auf Gesetz beruhen und insofern auch stets zugleich eine öffentlich-rechtliche Seite aufweisen.[19]) Wo dagegen der Zwang durch obrigkeitliche Gewalt ganz versagt, wie z. B. bei der Forderung analoger Satisfaktionsleistungen in Staatsverträgen, da ist, streng genommen, die Bezeichnung „Konventionalstrafe" inkorrekt, man müsste denn annehmen, dass hier die Konvention gewissermaassen die Stelle der strafeverhängenden Obrigkeit vertrete.

---

[19]) Vergl. hierzu § 87, Nr. 3, Anm. 13 und insbesondere meine Abhandlung „Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis" in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. X, S. 270.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen:

Juristische Prinzipienlehre

von

Ernst Rudolf Bierling

Doktor der Theologie und der Rechte, Geheimem Justizrat und Professor an der Universität Greifswald.

I. Band. Gross 8°. 1894. **M.** 7.—.
II. Band. Gross 8°. 1898. **M.** 9.—.
III. Band. Gross 8°. 1905. **M.** 10.—.
IV. Band. In Vorbereitung.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Die Theilung der Rechte.

Von

Gustav Rümelin

Professor der Rechte in Freiburg i. B.

Gross 8°. 1883. M. 8.—

Dienstvertrag und Werkvertrag.

Von

Gustav Rümelin

Professor der Rechte in Freiburg i. B.

Gross 8°. **1905.** M. 6.—.

Die partiarischen Rechtsgeschäfte

nach römischem und heutigem Reichsrecht.

Nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge

von

Dr. **Carl Crome**

Professor an der Universität Bonn.

8°. 1897. M. 9.60.

Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht.

Von

Dr. **O. Wendt**

Professor an der Universität Tübingen.

8°. 1901. M. 6.60.

Dr. **M. Rümelin**

Professor an der Universität Tübingen:

Der Zufall im Recht.

8°. 1896. M. 1.—.

Die Verwendung der Causalbegriffe

in Straf- und Civilrecht.

Professor Chr. Sigwart zum 70. Geburtstag gewidmet.

8°. 1900. M. 4.—.

Zur Lehre

von den

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen

des B. G. B.

Unter der Presse.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

System der subjektiven öffentlichen Rechte.

Von

Dr. G. Jellinek

Professor an der Universität Heidelberg.

Zweite durchgesehene und vermehrte Auflage.

Gross 8°. 1905. M. 7.60. Geb. M. 9.—.

Gesetz und Verordnung.

Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage.

Von

Dr. G. Jellinek

Professor an der Universität Heidelberg.

Gross 8°. 1887. M. 10.—.

Das Geständnisrecht.

Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen.

Von **Oskar Bülow.**

Gross 8°. 1899. M. 6.—.

Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht.

Von

Dr. **August Hegler**

Privatdozent an der Universität Tübingen.

Gross 8°. 1903. M. 6.—.

Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Auf der Grundlage des Kommentars von L. **Gaupp**

erläutert von

Friedrich Stein.

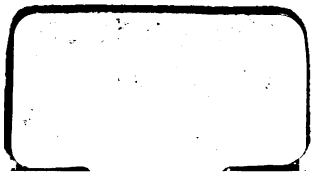
Sechste und siebente Auflage.

Mit einer Zusammenstellung der neuesten Rechtsprechung

von

Dr. Warneyer, Amtsrichter.

In 2 Bänden.

Lex. 8°. 1904. M. 34.—. Gebunden M. 39.—.

Stanford Law Library
3 6105 06 130 812 3